

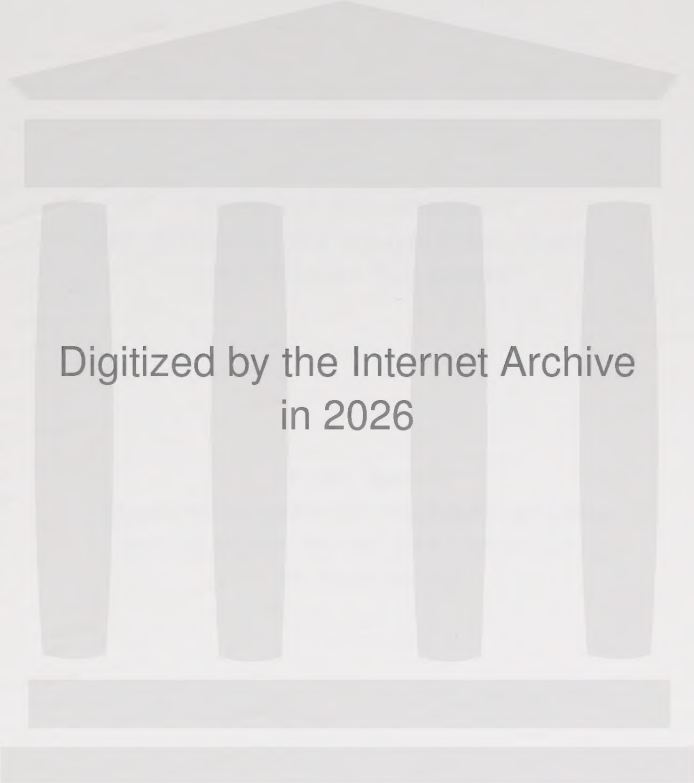
DIE BRUCHTEILSGEMEINSCHAFT AM FAMILIENHEIM UNTER EHEGATTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
RALPH SCHWETTGE
aus Bremen
1987





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554807_0047

Die Bruchteilsgemeinschaft
am Familienheim unter Ehegatten

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte

durch die
Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
Ralph Schwettge
aus Bremen
1987

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. W. Schlüter
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. H. Kollhosser
Dekan: Prof. Dr. E. Struensee
Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 1987

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Abkürzungsverzeichnis	VIII
Literaturverzeichnis	X
Einleitung	1
1.Kapitel: <u>Verteilung der Zins- und Tilgungslasten zwischen den Ehegatten</u>	
§ 1 Problemstellung	3
§ 2 Lastenverteilung zwischen den Ehegatten nach den Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft	3
§ 3 Änderung der Lastenverteilung durch Ehegat- tenvereinbarung oder familienrechtliche Re- gelungen	7
I. Lösungsansätze der Rechtsprechung und der Literatur	8
1. Rechtsprechung	8
2. Literatur	11
II. Stellungnahme	14
1. Änderung der Lastenverteilung durch das ehe- liche und nacheheliche Unterhaltsrecht	14
a) Familienunterhalt	15
b) Trennungs- und Geschiedenenunterhalt	18
2. Änderung der Lastenverteilung durch die Ge- neralklausel des Eherechts (bzw. durch eine an ihrem Grundgedanken orientierte Rechts- fortbildung)	18
a) Korrekturfunktion des § 1353 Abs.1 S.2 BGB	19
b) Anspruchsbegründung durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB	21
aa) Zugewinnngemeinschaft	22
bb) Gütertrennung und Gütergemeinschaft	24

3.	Änderung der Lastenverteilung durch Vertrag	25
a)	Zustandekommen des Vertrags	25
aa)	Gegenseitiges Einvernehmen(bzw. stillschweige- gende Einigung) der Ehegatten	25
bb)	Rechtsbindungswille	27
aaa)	Rechtsbindungswille als Abgrenzungskriterium	27
bbb)	Inhalt des Rechtsbindungswillens	29
b)	Art des Vertrags	31
aa)	Schenkung	31
bb)	Familienrechtlicher Vertrag	34
§ 4	Zusammenfassung	36

2.Kapitel: Ausgleich der Zins- und Tilgungszuwendungen
nach der Auflösung der Ehe durch Scheidung

§ 5	Meinungsstand	37
I.	Rechtsprechung	37
II.	Literatur	40
§ 6	Stellungnahme	49
I.	Gütertrennung	49
1.	Ausgleich der Zuwendungen nach § 748 BGB(ana- log)	49
2.	Rückgewähr der Zuwendungen nach bereicherungs- rechtlichen Vorschriften	49
a)	Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 Abs.1 S.2,1.Alt. BGB	50
b)	Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 Abs.1 S.2,2.Alt. BGB	51
aa)	Anwendungsbereich des § 812 Abs.1 S.2,2.Alt.BGB	52
aaa)	Inhalt des Rechtsgeschäfts	52
bbb)	"Bezweckter Erfolg" im Sinn des § 812 Abs.1 S.2,2.Alt. BGB	53
bb)	Folgerungen für die Rückgewähr der Zuwendungen	55
c)	Eignung des Bereicherungsrechts für den Aus- gleich ehebezogener Zuwendungen	56

3.	Ausgleich der Zuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage	58
a)	Geschäftsgrundlage der Ehegattenvereinbarung	58
b)	Unzumutbarkeit	61
aa)	Verteilung des Vertragsrisikos	62
bb)	Verschulden	62
c)	Rechtsfolge	66
II.	Gütergemeinschaft	68
III.	Zugewinnngemeinschaft	69
1.	Güterrechtlicher Ausgleich	69
a)	Anrechnung der Zuwendungen nach § 1380 BGB	71
b)	Anrechnungsverfahren	72
aa)	Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des zuwendenden Ehegatten	73
bb)	Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des Zuwendungsempfängers	73
aaa)	Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB	74
bbb)	Anwendung des § 1380 Abs.2 BGB	77
c)	Auswirkungen der Anrechnung auf den Ausgleichsanspruch	78
2.	Schuldrechtlicher Ausgleich	80
a)	Ausgleich vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags	80
b)	Ausgleich nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags	82
§ 7	Zusammenfassung	83

3.Kapitel: Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft am Familienheim

§ 8	Problemstellung	84
§ 9	Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch Teilungsversteigerung und Teilung des Erlöses	84

§ 10	Beschränkungen der Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim	85
I.	Materiell-rechtliche Aufhebungsbeschränkungen	86
1.	Beschränkung durch § 1365 Abs.1 BGB	86
a)	Meinungsstand	86
b)	Stellungnahme	89
aa)	Unmittelbare Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB	89
bb)	Analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB	91
2.	Beschränkung durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB	96
a)	Meinungsstand	96
b)	Stellungnahme	97
3.	Beschränkung durch § 242 (bzw. § 226) BGB	99
a)	Meinungsstand	99
b)	Stellungnahme	100
II.	Verfahrensrechtliche Aufhebungsbeschränkungen	102
1.	Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs.2 ZVG	102
2.	Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs.3 ZVG	103
§ 11	Zusammenfassung	104
4.Kapitel: <u>Unterhaltsrechtliche Auswirkungen der Zins- und Tilgungslasten sowie der Nutzung des Familienheims</u>		
§ 12	Problemstellung	106
§ 13	Berücksichtigung der Lasten und der Nutzung beim ehelichen und nachehelichen Unterhalt	106
I.	Meinungsstand	106
1.	Rechtsprechung	106
2.	Literatur	112
II.	Stellungnahme	114
1.	Berücksichtigung der Zins- und Tilgungslasten	114

a)	Berücksichtigungsfähigkeit	114
b)	Art der Berücksichtigung	118
c)	Umfang der Berücksichtigung	120
2.	Berücksichtigung der Nutzung des Familien- heims	121
a)	Nutzung durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten	121
b)	Nutzung durch den unterhaltsberechtigten Ehegatten	122
§ 14	Berücksichtigung der Lasten und der Nutzung beim Kindesunterhalt	123
I.	Meinungsstand	123
1.	Rechtsprechung	123
2.	Literatur	124
II.	Stellungnahme	125
1.	Berücksichtigung der Zins- und Tilgungs- lasten	125
2.	Berücksichtigung der Nutzung des Familien- heims	127
§ 15	Zusammenfassung	129

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AG	Amtsgericht
AK	Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Art.	Artikel
Bay ObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-AT	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundesrates
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW NotZ	Mitteilungen aus der Praxis; Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
DA Vorm	Der Amtsvormund; Rundbrief des Deutschen Instituts für Vormundschaftswesen
5.DFGT	Fünfter Deutscher Familiengerichtstag
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
EheG	Ehegesetz
1.EheRG	Erstes Gesetz zur Reform des Ehe- und Familienrechts
FamRZ	Ehe und Familie im privaten und öffentlichen Recht; Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FS	Festschrift
FWW	Die freie Wohnungswirtschaft
GBO	Grundbuchordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GleichberG	Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des Bürgerlichen Rechts
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
HansObLG	Hanseatisches Oberlandesgericht
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jherings Jb	Jherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Jur Büro	Das juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristen-Zeitung
KG	Kammergericht
KTS	Zeitschrift für Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht

LM	Das Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LS	Leitsatz
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetz- buch
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
Recht	Zeitschrift "Das Recht", seit 1935 als Beilage zur Deutschen Justiz
Reg.-Begr.	Regierungsbegründung
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivil- sachen
Rpfleger	Der Deutsche Rechtspfleger
SchlHA	Schleswig-Holsteinische Anzeigen
SorgeRG	Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elter- lichen Sorge
UÄndG	Gesetz zur Änderung unterhaltsrechtlicher, verfahrensrechtlicher und anderer Vorschrif- ten
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WarnR	Warneyer; Die Rechtsprechung des Reichs- gerichts
WPM	Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
ZBl JugR	Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohl- fahrt
ZIP	Zeitschrift für die gesamte Insolvenzpraxis
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung



Literaturverzeichnis

- Alebrand, Heinrich Die Bildung von Gesamtgut der Ehegatten am Hausrat gemäß § 1353 Abs.1 BGB, FamRZ 1955,348
- Alternativkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5, Familienrecht (§§ 1297-1921), Neuwied-Darmstadt 1981
- Ambrock, Erich Ehe und Ehescheidung, Berlin 1977
Zur Bedeutung des § 1353 BGB nach Inkrafttreten des Eherechtsgesetzes; das Verhältnis der Vorschrift zu § 1365 BGB und den Scheidungstatbeständen, JR 1978,1
- Arbeitskreis 14 des 5.DFGT Das gemeinsame Haus im Unterhaltsprozeß, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 3, S.126
- Bastian, Günther/
Roth-Stielow, Klaus/
Schmeiduch, Dietmar 1.EheRG: Das neue Ehe- und Scheidungsrecht, 1.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978
- Batsch, Karl Ludwig Zum Bereicherungsanspruch bei Zweckverfehlung, NJW 1973,1639
- Beck, Walter Der Begriff der Unentgeltlichkeit im bürgerlichen Recht, Diss.München 1973
- Beitzke, Günther Familienrecht, 24.Aufl., München 1985
- Betti, Emilio Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, in: Festschrift für Ernst Rabel Band II, Tübingen 1954, S.79
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes,
Band I, §§ 1-240, 12.Aufl., Berlin-New York 1982;
Band II, 1.Teil §§ 241-413, 12.Aufl., Berlin-New York 1976;
Band II, 2.Teil §§ 414-610, 12.Aufl., Berlin-New York 1978;
Band II, 4.Teil §§ 631-811, 12.Aufl., Berlin-New York 1978;
Band II, 5.Teil §§ 812-822, 12.Aufl., Berlin-New York 1974;
Band IV, 1.Teil §§ 1297-1563, 12.Aufl., Berlin-New York 1984;
Band IV, §§ 1601 ff., 12.Aufl., Berlin-New York 1984
(zit.: RGRK/Bearbeiter, ...)

- Blomeyer, Arwed Allgemeines Schuldrecht, 4.Aufl.,
Berlin-Frankfurt a.M. 1969
Studien zur Bedingungslehre, Berlin 1939
(zit.: Blomeyer, Bedingungslehre,...)
- Boehmer, Gustav Zur Ehestörungsklage, AcP 155(1956),
181
Schadensersatzansprüche wegen Verletzung
oder Tötung des im Haushalt oder
Geschäft mitarbeitenden Ehegatten,
FamRZ 1960,173
- Böttcher, Roland Verfügungsbeschränkungen, Teil B: An-
wendungsprobleme im Grundstücksrecht,
Rpfleger 1985,1
- Bosch, Friedrich
Wilhelm Das neue Ehevermögensrecht, insbeson-
dere das Ehegüterrecht - Grundlinien
und Hauptprobleme, FamRZ 1958,289
Widerruf von Schenkungen unter (ge-
schiedenen) Ehegatten, in: Fest-
schrift für Günther Beitzke zum
70. Geburtstag, Berlin-New York 1979,
S.121
Anmerkung z. BGH, Urteil vom
26.11.1981-IX ZR 91/80, FamRZ 1982,
249
- Braun, Johann Wegfall der Geschäftsgrundlage - BGH,
WM 1978,322, JuS 1979,692
- Brox, Hans Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Ge-
setzbuchs, 8.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-
München 1984
(zit.: Brox, BGB-AT, ...)
Allgemeines Schuldrecht, 13.Aufl.,
München 1985
Besonderes Schuldrecht, 12.Aufl.,
München 1985
- Brüning, Manfred Die Behandlung von Schenkungen zwi-
schen Ehegatten bei der Berechnung
der Zugewinnausgleichsforderung,
NJW 1971,922
- von Caemmerer, Ernst Bereicherung und unerlaubte Handlung,
in: Festschrift für Ernst Rabel
Band I, Tübingen 1954, S.333
- Canaris, Claus-
Wilhelm Die Feststellung von Lücken im Ge-
setz, 2.Aufl., Berlin 1983
Atypische faktische Arbeitsverhält-
nisse, BB 1967,165
- Christian, Ingeborg Gerechtigkeit durch (Unterhalts-) Ta-
bellen?, ZBl JugR 1982,559

- Dassler, Gerhard/
Schiffhauer, Horst/
Gerhardt, Walter Gesetz über die Zwangsversteigerung
und die Zwangsverwaltung, begründet
von Paul Reinhardt und Hans Müller,
11.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-
Mainz 1978
- Deubner, Karl G. Die Ehe - ein Rechtsgrund?,
FamRZ 1968,351
- Diederichsen, Uwe Vermögensauseinandersetzung bei der
Ehescheidung, Köln 1983
- Dölle, Hans Familienrecht, Band I, Karlsruhe 1964
- Drischler, Karl Neue Rechtsprechung zum Zwangsver-
steigerungsgesetz, KTS 1981,389
- Ehmann, Horst Anmerkung z. BGH, Urt. v. 19.1.1973 -
V ZR 24/71, NJW 1973,1035
- Enneccerus, Ludwig/
Lehmann, Heinrich Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
2.Band, Recht der Schuldverhältnisse,
15.Aufl., Tübingen 1958
- Enneccerus, Ludwig/
Nipperdey, Hans Carl Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, 15.Aufl., Band I Tübin-
gen 1959, Band II Tübingen 1960
- Erman, Walter
(u.a.) Handkommentar zum Bürgerlichen Ge-
setzbuch, 2 Bände, 7.Aufl., Mün-
ster 1981
(zit.: Erman/Bearbeiter, ...)
- Esser, Josef Schuldrecht, Band I: Allgemeiner
Teil, 4.Aufl., Karlsruhe 1970
- Esser, Josef/
Weyers, Hans-Léo Schuldrecht, Band II: Besonderer
Teil, 6.Aufl., Heidelberg 1984
- Fikentscher, Wolf-
gang Schuldrecht, 7.Aufl., Berlin-
New York 1985
- Finger, Peter Familienrecht, Königstein/Ts. 1979
- Fischer Anmerkung z. BGHZ 8,249, LM Nr.4 zu
§ 705 BGB
- Flume, Werner Allgemeiner Teil des Bürgerlichen
Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsge-
schäft, 3.Aufl., Berlin-Heidelberg-
New York 1979
(zit.: Flume, BGB-AT II, ...)
- Rechtsgeschäft und Privatautonomie,
in: Hundert Jahre Deutsches Rechtsle-
ben, Festschrift zum hundertjährigen
Bestehen des Deutschen Juristentag-
es 1860-1960, Band I, Karlsru-
he 1960
(zit.: Flume, Festschrift des
Deutschen Juristentages I, ...)

- Gernhuber, Joachim Lehrbuch des Familienrechts, 3.Aufl., München 1980
- Die Mitarbeit der Ehegatten im Zeichen der Gleichberechtigung, FamRZ 1958,243
- Das eheliche Vermögensrecht und die Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, FamRZ 1959,465
- Die geordnete Ehe, FamRZ 1979,193
- § 242 BGB - Funktionen und Tatbestände, JuS 1983,764
- Giesen, Dieter Allgemeine Ehwirkungen gem. §§ 1353, 1356 BGB im Spiegel der Rechtsprechung, JR 1983,89
- Göppinger, Horst Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 5.Aufl., München 1985
- Göppinger, Horst
(u.a.) Unterhaltsrecht, begründet von Günther Brühl, 4.Aufl., Bielefeld 1981
(zit.: Göppinger/Bearbeiter, ...)
- Graba, Hans-Ulrich Mietfreies Wohnen und Unterhaltsrecht, FamRZ 1985,657
- Haarmann, Wilhelm Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerschuldverhältnissen, Berlin 1979
- Haegeler, Karl Querschnitt durch das bürgerliche Recht des Jahres 1966, Rpfleger 1967, 200
- Hanisch, Hans Ehwohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten, NJW 1963,1033
- Hennemann Bruchteilsgemeinschaft als vertraglicher Güterstand?, BW NotZ 1960,5
- Henrich, Dieter Familienrecht, 3.Aufl., Berlin-New York 1980
- Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche zwischen Ehegatten in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, FamRZ 1975,533
- Hepting, Reinhard Ehevereinbarungen - Die autonome Ausgestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im Verhältnis zu Eherecht, Rechtsgeschäftslehre und Schuldrecht, München 1984
- Herold, Georg Eigenheim und Eigentumswohnung bei Ehescheidung und Wiederverheiratung, FWW 1977,80
- Holzhauser, Heinz Familien- und Erbrecht, Freiwillige Gerichtsbarkeit, Frankfurt a.M. 1984
(zit.: Holzhauser, Familienrecht, ...)

- ders. Schuld- und güterrechtlicher Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten - BGHZ 82,227, JuS 1983,830
- Hoppenz, Rainer Fiktive Einkommensverhältnisse im Unterhaltsrecht, NJW 1984,2327
- Huber, Ulrich Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, JuS 1972,57
- Hübner, Heinz Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1.Aufl., Berlin-New York 1985
- Hueck, Götz Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München 1958
- Hülshager, Michael Zuwendungen zwischen Ehegatten zum gemeinsamen Hausbau, Diss. Münster 1982
- Huvale, Victor "Gerechtigkeit durch Unterhaltstabellen?" - aus der Sicht des Jugendamtes, ZBl JugR 1982,577
- Jauernig, Othmar (u.a.) Bürgerliches Gesetzbuch, 3.Aufl., München 1984
(zit.: Jauernig/Bearbeiter, ...)
- Johannsen, Kurt Herbert Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten nach Auflösung der Ehe bei Gütertrennung, WPM 1978, 502

Vermögensrechtliche Auseinandersetzung unter Ehegatten nach Auflösung der Ehe beim Güterstand der Zugewinn-gemeinschaft, WPM 1978,654
- Jonas, Martin/
Pohle, Rudolf Zwangsvollstreckungsnotrecht, 16.Aufl., Berlin 1954
- Joost, Detlev Zuwendungen unter Ehegatten und Bereicherungsausgleich nach der Scheidung, JZ 1985,10
- Kalthoener, Elmar/
Büttner, Helmut Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 3.Aufl., München 1985
- Kanzleiter, Rainer Vereinbarungen unter Ehegatten, 3.Aufl., Köln 1984
- Kaser, Max Das Römische Privatrecht, in: Handbuch der Altertumswissenschaften, Erster Abschnitt, 2.Aufl., München 1971
- Kellmann, Christof Grundprobleme der Willenserklärung, JuS 1971,609

- Kipp, Theodor Welche Richtlinien sind für die zukünftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1924 in Heidelberg, Berlin-Leipzig 1925, S.325 ff., 344 ff.
(zit.: Kipp, Verhandlungen des 33.DJT, ...)
- Knur, Alexander Reform des Ehegüterrechts und Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: Deutscher Notartag 1952, München-Berlin 1952, S.43
(zit.: Knur, Verhandlungen des Deutschen Notartages 1952, ...)
- Köhler, Helmut Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München 1971
(zit.: Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage, ...)
Grundprobleme der Lehre von der Geschäftsgrundlage, JA 1979, 498
- Köhler, Wolfgang Handbuch des Unterhaltsrechts, 6.Aufl., München 1983
- Koppensteiner, Hans-Georg/
Kramer, Ernst A. Ungerechtfertigte Bereicherung, Berlin 1975
- Kühne, Gunther Die Rückforderung von Vermögenszuwendungen zwischen Ehegatten bei Scheidung der Ehe unter besonderer Berücksichtigung des Bereicherungsrechts, FamRZ 1968, 356
Anmerkung z. BGH, Urt. v. 3.12.1975 - IV ZR 110/74, JZ 1976, 487
Anmerkung z. BGH, Urt. v. 14.4.1976 - IV ZR 237/74, JR 1977, 23
Zuwendungen unter Ehegatten und Zugewinnausgleich, FamRZ 1978, 221
Anmerkung z. BGH, Urt. v. 26.11.1981 - IX ZR 91/80, JR 1982, 237
- Kurr, Jochen Vertragliches "Einvernehmen" der Ehegatten gemäß § 1356 I S.1 BGB?, FamRZ 1978, 2
- Lang Anmerkung z. BGH, Urt. v. 8.7.1982 - IX ZR 99/80, LM Nr.102 zu § 242(Bb)BGB
- Lange, Heinrich Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, in: Festschrift für Paul Gieseke, Karlsruhe 1958, S.21 ff.

- Materialien zum 1.EheRG, Regierungsbegründungen, Deutscher Bundestag, 7.Wahlperiode, Drucksache 650
zum UÄndG, Deutscher Bundestag, 10.Wahlperiode, Drucksache 2888
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 12.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1984
Schuldrecht II, Besonderer Teil, 2.Aufl., München 1985
(zit.: Medicus, Schuldrecht II, ...)
- Meikel, Georg/
Imhof, Wilhelm/
Riedel, Hermann Grundbuchrecht, Band II §§ 13-37 GBO, 6.Aufl., Berlin 1968
- Meyer-Stolte, Klaus Anmerkung z. OLG Bremen, Rpfleger 1984,157
- Migsch, Erwin Die sogenannte Pflichtschenkung, AcP 173(1973),47
- Mohrbutter, Jürgen/
Drischler, Karl Die Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungspraxis, begründet von Wilhelm Ruhl und Adolf Schild, 6.Aufl., Köln-Berlin-Bonn-München 1978
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, Allgemeiner Teil;
Band II, Recht der Schuldverhältnisse;
Band IV, Familienrecht;
Berlin-Leipzig 1888
- Müller-Freienfels,
Wolfram Die Gesellschaft zwischen Ehegatten, in: Eranion in Honorem Georgii S. Maridakis, Band II, Athen 1963, S.357
(zit.: Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis II, ...)
Der Ausgleich für Mitarbeit im Beruf oder Geschäft des Ehepartners, Festschrift für Nipperdey, Band I, München-Berlin 1965, S.625
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1, Allgemeiner Teil(§§ 1-240), 2.Aufl., München 1984;
Bd.2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 2.Aufl., München 1985;
Bd.3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2.Halbband(§§ 657-853), München 1980;
Bd.5, Familienrecht(§§ 1297-1921), München 1978
(zit.: MK/Bearbeiter, ...)

- Mugdan, Benno Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, I.Bd., Einführungsgesetz und Allgemeiner Teil, Berlin 1899
- Oehlers, Horst Bewertungs- und Zurechnungsfragen im Zugewinn, in: Brühler Schriften zum Familienrecht, Band 3, Fünfter Deutscher Familiengerichtstag, S.82
- Oertmann, Paul Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 3.Aufl., Berlin 1927,
(zit.: Oertmann, BGB-AT, ...);
Recht der Schuldverhältnisse, Erste Abteilung §§ 241-432, 5.Aufl., Berlin 1928;
Zweite Abteilung §§ 433-853, 5.Aufl., Berlin 1929
(zit.: Oertmann, Schuldverhältnisse, ...)
- Entgeltliche Geschäfte, München 1912
Anmerkung z. RG, Urt. v. 9.2.1931 - 288/30 IV, JW 1931,2722
- von Olshausen, Eberhard Die Anrechnung von Zuwendungen unter Ehegatten auf Zugewinnausgleich und Pflichtteil, FamRZ 1978,755
- Otten, Herbert Die Unterhaltspflicht gleichberechtigter Ehegatten im geltenden Recht, FamRZ 1957,73
- Palandt, Otto Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 45.Aufl., München 1986
(zit.: Palandt/Bearbeiter, ...)
- Plander, Harro Lottospielgemeinschaft und Rechtsbindungswille, AcP 176(1976),425
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band IV, Familienrecht, Berlin 1897
- Rassow, Walter Der angemessene Unterhalt von Ehegatten und Kindern, FamRZ 1980,541
- Reinicke, Dietrich Verwaltungsbeschränkungen im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft und Gesellschaftsrecht, BB 1960,1002
Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Zugewinnngemeinschaft, DB 1965,1351
- Reinicke, Dietrich/
Tiedtke, Klaus Güterrechtlicher Ausgleich bei Zuwendungen eines Ehegatten an den anderen und Wegfall der Geschäftsgrundlage, WPM 1982,946

- Reuss, Karl Friedrich Die Intensitätsstufen der Abreden und die Gentlemen-Agreements, AcP 154(1955),485
- Reuter, Dieter/
Martinek, Michael Ungerechtfertigte Bereicherung, Tübingen 1983
- Riggers, Ernst Teilungsversteigerung eines Grundstückes von Ehegatten im gesetzlichen Güterstand, Jur Büro 1969,107
- Ripfel, Franz Grundstückserwerb durch Verheiratete und Ausgleichung im Innenverhältnis, DNotZ 1959,507
- Rolland, Walter Das neue Ehe- und Familienrecht: 1.EheRG, Kommentar zum 1.Ehereformgesetz, 2.Aufl., Neuwied-Darmstadt 1982
- Rothoeft, Dietrich Vermögensverlust und Bereicherungsausgleich, AcP 163(1964),215
- Scheyhing, Robert Leistungskondition und Bereicherung "in sonstiger Weise", AcP 157 (1958/59),371
- Schiffhauer, Horst Ist § 1365 Abs.1 BGB n.F. auf den Teilungsversteigerungsantrag anwendbar?, FamRZ 1960,185
Nochmals: Ist § 1365 Abs.1 BGB auf den Teilungsversteigerungsantrag anwendbar?, FamRZ 1966,338
Besonderheiten der Teilungsversteigerung(TeilungsZV) - Das Verfahren vom Antrag bis zur Terminbestimmung, ZIP 1982,526 ff. und 660 ff.
- Schlechtriem, Peter Rechtsprechungsübersicht zum Bereicherungsrecht, JZ 1984,509
- Schlosser, Peter Vermögensbeziehungen unter Ehegatten, Jura 1983,198
- Schlüter, Wilfried Familienrecht, 3.Aufl., Heidelberg 1986
- Schwab, Dieter Familienrecht, 3.Aufl., München 1984
Handbuch des Scheidungsrechts, 1.Aufl., München 1977
Tendenzen im Recht des Geschiedenenunterhalts, Heidelberg 1983
Gestaltungsfreiheit und Formbindung im Ehevermögensrecht und die Eherechtsreform, DNotZ - Sonderheft - 1977,51
Neue Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich, FamRZ 1984,429 ff. und 525 ff.

- Seidl Auswirkungen der Gleichberechtigung auf den Güterstand, in: Schriftlicher Bericht des Ausschusses für Rechtswesen und Verfassungsrecht, BT-Drucks. II/3409, S.4
(zit.: Seidl, BT-Drucks.II/3409, ...)
- Siegelmann, Heinrich Teilungsversteigerung und Zugewinnngemeinschaft, ZMR 1968,33
- Simson, Hans Der Begriff des Entgelts, Halle 1909
- Söllner, Alfred Der Bereicherungsanspruch wegen Nicht-eintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolgs, AcP 163(1963),21
- Soergel, Hans Theodor (u.a.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd.1 Allgemeiner Teil (§§ 1-240), 11.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978;
Bd.2 Schuldrecht I (§§ 241-610), 10.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967;
Bd.4 Schuldrecht III (§§ 705-853), 11.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1985;
Bd.6 Familienrecht (§§ 1297-1921), 11.Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1981;
(zit.: Soergel/Bearbeiter, ...)
- Stampe, E. Richtlinien für die Clausula-Praxis, Jherings Jb 72(1922),348
- Staudinger, Julius (u.a.) Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Erstes Buch, Allgemeiner Teil §§ 90-240, 12.Aufl., Berlin 1980;
Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse
Einleitung zu §§ 241 ff., §§ 241,242, Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 12.Aufl., Berlin 1983;
§§ 433-580 a, 12.Aufl., Berlin 1978;
§§ 741-778, 12.Aufl., Berlin 1982;
§§ 812-822, 12.Aufl., Berlin 1979;
Viertes Buch, Familienrecht
Teil 1 (§§ 1297-1362 BGB, §§ 1-80 EheG), 10./11.Aufl., Berlin 1975;
Teil 2 (§§ 1363-1588), 10./11.Aufl., Berlin 1970;
Teil 3 a (§§ 1589-1698 b), 10./11.Aufl., Berlin 1966;
§§ 1363-1390, 12.Aufl., Berlin 1979;
§§ 1408-1563, 12.Aufl., Berlin 1985;
(zit.: Staudinger/Bearbeiter, ...)
- Steiner, Anton/
Riedel, Hermann Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, 8.Aufl., Berlin 1976

- Stöber, Kurt/
Schiffhauer, Horst Praxis der Zwangsversteigerung,
Köln 1982
- Stollenwerk, Kurt Unterhalt und eheliches Güterrecht,
in: Rahm, Handbuch des Familiengerichts-
verfahrens, IV Rz.501 ff.
- Storz, Karl-Alfred Praxis des Zwangsversteigerungsver-
fahrens, 3.Aufl., München 1984
- Streck, Michael Generalklausel und unbestimmter Be-
griff im Recht der allgemeinen Ehe-
wirkungen, Bonn 1970
- Studienkommentar
zum BGB Erstes bis Drittes Buch (§§ 1-1296),
2.Aufl., Frankfurt a.M. 1979
- Teufel, Helmut § 765 a ZPO in der Teilungsversteige-
rung, Rpfleger 1976,86
- Thiele, Wolfgang Miteigentumserwerb der Ehegatten an
dem während der Ehe angeschafften
Hausrat, FamRZ 1958,115
- Tiedtke, Klaus Die Zuständigkeit der Familiengerichte
für Klagen eines Ehegatten auf
Mitwirkung des anderen an der Zusam-
menveranlagung zur Einkommenssteuer,
FamRZ 1978,385
- Ulmer, Peter Güterrechtlicher und schuldrecht-
licher Ausgleich bei Scheidung der
Ehe, DNotZ 1983,161
- Walter, Gerhard Wirtschaftslenkung und Vertragserfül-
lung - Zur Bedeutung staatlicher
Lenkungsmaßnahmen für die vertrag-
liche Geschäftsgrundlage,
AcP 174(1974),167
- Walten, Gerhard Grundsätze des Unterhaltsrechts in
der Ausgestaltung durch die Recht-
sprechung, NJW 1984,257
- Wägenbaur, Rolf Zur Frage der vermögensrechtlichen
Ansprüche des mitarbeitenden Ehegat-
ten, FamRZ 1958,398
- Weimar, Robert Zur Anwendbarkeit des § 1365 Abs.1 BGB
auf den Teilungsversteigerungsantrag,
NJW 1959,1478
- Welker, Gerhard Bereicherungsausgleich wegen Zweck-
verfehlung, Berlin 1974
- Weyhardt, Dieter Zur Frankfurter Unterhaltsrechtspre-
chung, DA Vorm 1980,607 f. und 673 f.
- Wieacker, Franz Gemeinschaftlicher Irrtum der Ver-
tragspartner und Clausula rebus sic
stantibus, in: Festschrift zum 60. Ge-
burtstag von Walter Wilburg,
Graz 1965, S.229

- Wieling, Heinrich Drittzahlung, Leistungsbegriff und fehlende Anweisung, JuS 1978,801
- Wieruszowski, Alfred Welche Richtlinien sind für die künftige Gestaltung des ehelichen Güterrechts aufzustellen?, in: Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages 1924 in Heidelberg, S.331 ff. und 357 ff., Berlin-Leipzig 1925 (zit.: Wieruszowski, Verhandlungen des 33. DJT, ...)
- Willoweit, Dietmar Abgrenzung und rechtliche Relevanz nicht rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen, Berlin 1969 (zit.: Willoweit, Abgrenzung und rechtliche Relevanz, ...)
- Rechtsgeschäft und einverständliches Verhalten, NJW 1971,2045
- Zeiss, Walter Leistung, Zuwendungszweck und Erfüllung, JZ 1963,7
- Anmerkung z. OLG Hamm, Urt. v. 27.4.1962 - 6 U 90/60, NJW 1963,210
- Zeller, Friedrich/
Stöber, Kurt Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar zum ZVG der Bundesrepublik Deutschland, 11.Aufl., München 1983

Einleitung

Im Rahmen ihrer Vermögensbildung erwerben viele Ehepaare Eigenheime (Familienheime). Reicht das eigene Kapital für den Kauf nicht aus, so nehmen sie als Gesamtschuldner zur Finanzierung Kredite auf, die durch Tilgungshypotheken oder Grundschulden an den Grundstücken gesichert werden. Sie haben dann aus Zinsen und Tilgungsbeträgen sich zusammensetzende Jahresleistungen (Annuitäten) in einem bestimmten Prozentsatz des ursprünglichen Kreditbetrags bis zu dessen vollständigen Tilgung zu entrichten⁽¹⁾.

Im Gegensatz zur Gütergemeinschaft, bei der nach § 1416 BGB das Vermögen des Mannes und das der Frau gemeinschaftliches Vermögen der Ehegatten wird, ist eine dingliche Beteiligung kraft Gesetzes bei den beiden anderen im BGB enthaltenen Güterständen nicht vorgesehen. Leben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft oder in Gütertrennung, so bleiben sowohl das eingebrachte als auch das hinzuerworbene Vermögen der Ehegatten getrennt. Als Ausdruck der ehelichen Verbundenheit führen die Ehegatten die bei diesen Güterständen nicht vorgesehene Beteiligung vielfach dadurch herbei, daß sie das Eigenheim als Miteigentümer zu gleichen Teilen erwerben^{(2) (3)}.

Zwischen den Ehegatten entsteht durch diesen Erwerb eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB an dem Familienheim⁽⁴⁾. Dieser Annahme steht nicht entgegen, daß der gemeinsame Zweck des Erwerbs, nämlich die Schaffung einer Familien-

(1) Palandt/Bassenge, Überblick 2 B d aa vor § 1113

(2) vgl. Hennemann, BW NotZ 1960, 6, nach dessen Schätzung in seinem Notariatsbezirk ca. 95% der im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten das Eigenheim als Miteigentümer zu je 1/2 erwerben

(3) theoretisch möglich ist ein solcher Erwerb auch bei Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, sofern sie ihre Miteigentumsanteile nach § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB durch Ehevertrag zu ihrem Vorbehaltsgut erklären

(4) RGZ 67, 396 (397); RGZ 124, 325 (327); BGH, FamRZ 1960, 58 (59); BGH, FamRZ 1969, 78 (79); Beitzke, § 14 I 2; Dölle, § 64 I; Erman/Heckelmann, § 1363 Rz. 6; Larenz, SchuldR. II, § 61 I; Schlüter, § 12 I 1; Staudinger/Huber, § 741 Rz. 17

wohnung, und das darauf gerichtete Verhalten der Ehegatten unter Dritten als Gesellschaftsverhältnis angesehen werden könnte. Dieser gemeinsame Zweck ergibt sich bei Ehegatten schon aus der Verpflichtung zur ehelichen Lebensgemeinschaft, so daß es insoweit keines Zusammenschlusses zu einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts bedarf (5).

Solange die Ehegatten zusammenleben, werden keine Auseinandersetzungen über den Anteil auftreten, den der einzelne Ehegatte zur Erfüllung der Schulden (Hauslasten) beiträgt. Mit dem Scheitern der Ehe ändert sich diese Ausgangslage. Mit der Trennung der Ehegatten oder deren Scheidung entstehen - vor allem bei Ehegatten, die eine Alleinverdienerehe (Haushaltsführungsehe) führen - häufig Rechtsstreitigkeiten wie zum Beispiel über den Ausgleich der Zuwendungen, die ein Ehegatte dem anderen gemacht hat, oder über die Anrechnung der Hauslasten bei der Bestimmung des Unterhalts.

Die folgende Arbeit beschäftigt sich mit solchen finanziellen Auswirkungen, die sich aus dem fremdfinanzierten Erwerb eines Familienheims durch Ehegatten ergeben.

(5) BGH, FamRZ 1960, 58(59); BGH, NJW 1974, 1554(1554-1555);
Larenz, Schuldr. II, § 61 I;
anderer Ansicht: Oertmann, Schuldverhältnisse II, Anm. 1 c
vor § 741

1.Kapitel: Verteilung der Zins- und Tilgungslasten zwischen den Ehegatten

§ 1 Problemstellung

Bei dem fremdfinanzierten Erwerb eines Familienheims durch Ehegatten ist zwischen ihrer Haftung gegenüber dem Kreditgeber und der Verteilung der Zins- und Tilgungslasten zwischen ihnen im Innenverhältnis zu unterscheiden.

Als Gesamtschuldner schuldet jeder Ehegatte nach § 421 BGB im Außenverhältnis die gesamte Leistung. Wer allerdings den finanziellen Verpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber nachkommt, hängt von der jeweiligen Funktionsteilung innerhalb der ehelichen Lebensgemeinschaft ab. So werden im Fall einer Doppelverdienerehe häufig beide Ehegatten zurückzahlen. Dagegen wird bei einer Alleinverdienerehe in der Regel nur der verdienende Teil die Schulden abtragen können.

Mit dem Scheitern der Ehe wird häufig versucht, die finanziellen Mehrleistungen eines Ehegatten rückgängig zu machen. Ausgleichsansprüche können jedoch nur bestehen, soweit der zuwendende Ehegatte im Innenverhältnis zu seinem Partner nicht gesetzlich oder vertraglich verpflichtet war, die Schulden aus dem gemeinsamen Hauserwerb zu erfüllen. Die Beantwortung der Frage, ob und inwieweit Ausgleichsansprüche in Betracht kommen, ist also davon abhängig, wie die Zins- und Tilgungslasten zwischen den Ehegatten verteilt sind.

§ 2 Lastenverteilung zwischen den Ehegatten nach den Vorschriften der Bruchteilsgemeinschaft

Für die im Außenverhältnis gegenüber dem Kreditgeber bestehende gesamtschuldnerische Haftung wird die Aufteilung der Lasten zwischen den Ehegatten im Innenverhältnis durch § 426 BGB geregelt. Nach Abs.1 S.1 der Vorschrift haften Gesamtschuldner zu gleichen Teilen, wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Insofern ist zu berücksichtigen, daß zwischen den Ehegatten durch

den Erwerb des Familienheims eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB entstanden ist. Der Gesetzgeber hat mit § 748 BGB für die Verteilung der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Gegenstandes unter den Teilhabern eine spezielle Regelung getroffen, die gegenüber der subsidiären Bestimmung des § 426 Abs.1 BGB vorrangig ist⁽⁶⁾. Im Gegensatz zur Lastenverteilung nach § 426 Abs.1 BGB wird durch § 748 BGB jeder Teilhaber den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach dem Verhältnis seines Anteils zu tragen. Voraussetzung für die Anwendung dieser Vorschrift ist es also, daß es sich bei den aus dem Erwerb des Familienheims herrührenden Zins- und Tilgungsschulden um Lasten im Sinn des § 748 BGB handelt.

Die Auffassungen in Rechtsprechung und Rechtslehre sind insoweit kontrovers. Der BGH verneint ohne nähere Ausführungen die unmittelbare Anwendung der Vorschrift. Er leitet jedoch aus den §§ 748, 755 BGB den Grundsatz ab, daß die Teilhaber für Verbindlichkeiten, die sie in Bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand eingegangen sind, im Innenverhältnis anteilig haften, wenn sich nicht aus einer Vereinbarung oder anderweitiger gesetzlicher Regelung etwas anderes ergibt⁽⁷⁾. Der BGH wendet § 748 BGB auf die Zins- und Tilgungsschulden also sinngemäß an⁽⁸⁾.

In der Literatur wird hinsichtlich des Problems, ob § 748 BGB auf diese Schulden anwendbar ist, überwiegend zwischen den Zins- und Tilgungsverpflichtungen unterschieden. Zurückgehend auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts werden unter Lasten nach § 748 BGB nur diejenigen Leistungen verstanden, die aus dem Grundstück zu entrichten sind und insofern im Gegensatz zu den Nutzungen stehen, als der Nutzungswert durch sie gemindert

(6) BGHZ 87, 265 (268-269) = FamRZ 1983, 795 (796);
RGRK/Weber, § 426 Rz. 41 ff. (44)

(7) BGH, WPM 1975, 196 (197); BGHZ 87, 265 (269); BGH, FamRZ 1984, 29 (30)

(8) vgl. BGH, FamRZ 1984, 29 (30)

wird⁽⁹⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, daß sich dieser Begriffsinhalt aus der konkreten Verwendung und dem Zusammenhang der Wörter "Lasten" und "Nutzungen" in verschiedenen Vorschriften des BGB - so zum Beispiel aus den §§ 101, 103 BGB - ergibt⁽¹⁰⁾. Folgerichtig werden von den Vertretern dieser Meinung nur die zu zahlenden Zinsen als Lasten nach § 748 BGB anerkannt. Dagegen sollen Tilgungsverpflichtungen nicht zu den Lasten zu rechnen sein, da die Nutzungen grundsätzlich nicht ausreichen, um die Rückzahlung der Verbindlichkeiten zu ermöglichen⁽¹¹⁾.

Im Gegensatz dazu vertritt Huber die Meinung, daß § 748 BGB sowohl die Zins- als auch die Tilgungsverpflichtungen umfaßt⁽¹²⁾. Er definiert die Lasten einer Sache als privatrechtliche oder öffentlichrechtliche Leistungspflichten, die den Eigentümer der Sache als solchen treffen⁽¹³⁾. In derartigen Fällen soll es gleichgültig sein, ob die Leistungen aus dem allgemeinen Vermögen oder nur aus der belasteten Sache selbst zu erbringen sind. Daher soll durch die von den Teilhabern zur Finanzierung des gemeinschaftlichen Grundstücks aufgenommene Hypothek oder Grundschuld eine Last entstehen, auf die § 748 BGB unmittelbar anzuwenden ist.

Festzustellen ist also, daß die Rechtsprechung und Rechtslehre übereinstimmend zu dem Ergebnis kommen, daß Teilhaber für Verbindlichkeiten, die sie in bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand eingegangen sind, im Innenverhältnis nach dem Verhältnis ihrer Anteile haften. Unterschiedlicher Meinung sind sie nur hinsichtlich der Frage, ob § 748 BGB auf diese Ver-

(9)RGZ 66,316(318 f.); RG, JW 1931,2722 ff. mit Anmerkung von Oertmann;

Palandt/Thomas, § 748 Anm.1 i.V.m. § 103 Anm.1;

RGRK/v.Gamm, § 748 Rz.2; Soergel/Hadding, § 748 Rz.3

(10)RGZ 66,316(318-319)

(11)MK/Schmidt, § 748 Rz.6; Oertmann, JW 1931,2723;

RGRK/v.Gamm, § 748 Rz.2

(12)Staudinger/Huber, § 748 Rz.3,18

(13)Staudinger/Huber, § 748 Rz.3; Staudinger/Dilcher, § 103 Rz.5; RGRK/Kregel, § 103 Rz.2

bindlichkeiten unmittelbar oder analog angewendet werden kann. Da das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition der Lasten enthält, hängt die Lösung des Problems von der Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals in § 748 BGB ab.

Der Formulierung "Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes" in § 748 BGB ist lediglich zu entnehmen, daß es sich um Leistungspflichten handeln muß, die den Miteigentümer des Gegenstandes treffen. Eine Einschränkung der danach in Betracht kommenden Belastungen könnte sich aber aus anderen Vorschriften des BGB herleiten lassen, die gleichfalls den Begriff der Lasten enthalten. So schließen das Reichsgericht und die herrschende Lehre zu Recht aus den Tatbeständen der §§ 101, 103 und 446 BGB darauf, daß die Lasten das Gegenstück zu den Nutzungen darstellen sollen. Andererseits wird in § 995 BGB aber ausdrücklich von außerordentlichen Lasten, die auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind, als Teil der Belastungen einer Sache gesprochen ⁽¹⁴⁾. Das Gesetz zeigt damit, daß auch kapitalmindernde, den Substanzwert der Sache betreffende Aufwendungen als Lasten anzusehen sind. Entscheidend für die Auslegung des Begriffs der Lasten nach § 748 BGB ist also der Gesetzeszweck dieser Norm und ihre Stellung im Gefüge der Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft.

Eine Gemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB beschränkt sich nicht nur auf den bloßen Besitz des gemeinschaftlichen Gegenstandes, sondern sie erstreckt sich auch auf die Nutzungen und Lasten, §§ 743, 748 BGB. Zweck der Regelungen ist es, die Vor- und Nachteile dem einzelnen Teilhaber in dem Verhältnis zukommen zu lassen, in dem er an der Gemeinschaft beteiligt ist ⁽¹⁵⁾. Diese Verteilung hat zur Folge, daß die Lasten von demjenigen zu tragen sind, der zur Ziehung der Früchte nach § 743 BGB berechtigt ist. Der Zusammenhang zeigt sich besonders bei der Realisierung des Nutzens der gemeinschaftlichen Sache. § 743 Abs. 1 BGB gibt den Teilhabern zwar einen Anspruch auf Teilung

(14)ähnlich auch § 1047 BGB

(15)RGZ 70,165(167); BGH, NJW 1958,1723

der ihnen zustehenden Früchte. Als Gegenstand einer solchen vorweggenommenen Teilung kann aber nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft nur der Reinertrag in Betracht kommen. Vor der Verteilung sind daher sowohl die entstandenen Lasten der Sache als auch die Kosten ihrer Erhaltung und Verwaltung abzuziehen⁽¹⁶⁾. § 748 BGB bildet damit das Gegenstück zu § 743 BGB, so daß nur nutzungsmindernde Belastungen wie zum Beispiel die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Zinsverpflichtungen als Lasten im Sinn der Vorschrift anzusehen sind. Dagegen werden die Tilgungsbeträge wegen ihrer darüber hinausgehenden kapitalmindernden, den Substanzwert der gemeinschaftlichen Sache betreffenden Belastung von § 748 BGB nicht unmittelbar erfaßt.

Das schließt jedoch nicht aus, den in § 748 BGB enthaltenen Rechtsgedanken auf die Tilgungsbeträge sinngemäß anzuwenden. § 748 BGB ist Ausdruck des das Recht der Bruchteilsgemeinschaft beherrschenden Gleichheitsgrundsatzes⁽¹⁷⁾. Danach sollen die mit dem Recht an dem gemeinschaftlichen Gegenstand verbundenen Vor- und Nachteile auf die Teilhaber im Verhältnis ihrer Anteile aufgeteilt werden. Infolge dieses Grundgedankens ist es gerechtfertigt, § 748 BGB auf die von den Ehegatten zu zahlenden Tilgungsbeträge, die eine solche mit dem Familienheim verbundene finanzielle Belastung darstellen, analog anzuwenden.

§ 3 Änderung der Lastenverteilung durch Ehegattenvereinbarung oder familienrechtliche Regelungen

Diese für die Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft geltende Lastenverteilung mag zwar gerechtfertigt sein, wenn beide Ehegatten erwerbstätig sind und jeder seine finanziellen Ver-

(16)RG, HRR 1940 Nr.1294; BGH, NJW 1958,1723;

Staudinger/Huber, § 743 Rz.12

(17)MK/Schmidt, § 741 Rz.30; Hueck, S.28 ff., 281 ff.;

RGRK/v.Gamm, § 741 Rz.2

pflichtungen erfüllen kann. Der Gestaltungsvielfalt der ehelichen Lebensgemeinschaft wird sie aber nicht in jedem Fall gerecht. Führen die Ehegatten eine Alleinverdienerehe, so wird häufig der nur im Haushalt tätige Ehegatte⁽¹⁸⁾ nicht in der Lage sein, die auf ihn entfallenden Zins- und Tilgungsbeträge zu zahlen. Mangels eigenen Einkommens ist er auf die finanzielle Unterstützung des erwerbstätigen Ehepartners angewiesen, woraus die Gefahr resultiert, daß dieser seine ehebezogenen Mehrleistungen nach Auflösung der Ehe zurückfordert.

§ 748 BGB ist allerdings eine dispositive Vorschrift. Die Zins- und Tilgungsverpflichtungen sind also von den Ehegatten nur dann nach Maßgabe ihres Anteils zu tragen, wenn sich nicht aus dem Gesetz, einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung der Teilhaber etwas anderes ergibt⁽¹⁹⁾. Es stellt sich daher die Frage, ob diese im Schuldrecht geregelte Lastenverteilung nicht im Fall des fremdfinanzierten Erwerbs eines Familienheims durch Ehegattenvereinbarung oder familienrechtliche Regelungen modifiziert wird.

I. Lösungsansätze der Rechtsprechung und der Literatur

1. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung hatte sich häufiger mit Fällen zu befassen, in denen es um den Ausgleich von Zins- und Tilgungszahlungen für den gemeinsamen Erwerb eines Hausgrundstücks ging, die von den Ehegatten entweder in unterschiedlicher Höhe oder von einem Teil allein entrichtet wurden. So nahmen zunächst das Kammergericht⁽²⁰⁾ und das Landgericht Münster⁽²¹⁾ an, daß Ehegat-

(18)es wird im folgenden von dem erwerbstätigen und dem haushaltsführenden Ehegatten gesprochen, obwohl in der Mehrzahl aller Alleinverdienerehen der Haushalt noch von der Ehefrau geführt wird

(19)vgl. BGH, WPM 1975, 196(197); BGHZ 87, 265(269); BGH, FamRZ 1984, 29(30); RGRK/v. Gamm, § 741 Rz.10; MK/Schmidt, § 748 Rz.5; Staudinger/Huber, § 748 Rz.1,11

(20)KG, JR 1951, 439

(21)LG Münster, FamRZ 1960, 117(118)

ten, die sich bei der Anschaffung und Bebauung eines Grundstücks zu gleichen Teilen ins Grundbuch eintragen lassen, die beiderseitigen Leistungen für den Erwerb dieses Vermögenswertes als gleichwertig betrachten, so daß gegenseitige Ausgleichsansprüche nach dem Willen der Ehegatten ausgeschlossen sind. Nach Meinung des LG Münster ist eine Aufschlüsselung dahin, aus wessen Tätigkeit die Mittel aufgebracht wurden, praktisch nicht möglich und würde auch dem "Wesen der Ehe" nicht gerecht⁽²²⁾. In der Ehe würden die Vermögenswerte, die der Familie zugute kommen sollen, durch die den jeweiligen Kräften entsprechende Mitarbeit beider Teile geschaffen. Sofern nicht durch ausdrückliche Abrede etwas anderes vereinbart werde, sei anzunehmen, daß sie die beiderseitigen Leistungen als gleichwertig empfänden. Dieser Grundgedanke werde durch das Familienrecht, das bei dem Zugewinnausgleich von der Gleichwertigkeit der Leistungen beider Ehegatten ausgehe, bestätigt⁽²³⁾.

In gleicher Weise geht der Bundesgerichtshof in solchen Fällen davon aus, daß die durch den gemeinsamen Erwerb des Familienheims zwischen den Ehegatten bestehenden schuldrechtlichen Beziehungen durch die eheliche Lebensgemeinschaft beeinflusst werden und daher Ausgleichsansprüche wegen finanzieller Mehrleistungen in der Regel nicht gegeben sind⁽²⁴⁾. So hat der 2. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 6.12.1965 ausgeführt, daß mit dem Erwerb von Miteigentum je zur Hälfte an einem Hausgrundstück die Überzeugung der Ehegatten von der Gleichwertigkeit der von ihnen geleisteten Beiträge zum Ausdruck kommt. Diese Überzeugung soll "den Anschauungen vom Wesen der Ehe und der natürlichen Betrachtungsweise von Eheleuten" entsprechen⁽²⁵⁾. Das soll auch gelten, wenn der finanzielle Beitrag der Ehegatten zur Tilgung der Schulden verschieden war. Die Ehegatten würden dann in der Erkenntnis

(22) LG Münster, FamRZ 1960, 117 (118)

(23) LG Münster, FamRZ 1960, 117 (118-119); vgl. auch KG, JR 1951, 439

(24) BGH, FamRZ 1966, 91; BGH, JZ 1976, 486; vgl. auch OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 306 (308)

(25) BGH, FamRZ 1966, 91

handeln, daß nur beide im Zusammenwirken in der Lage seien, ein Familienheim zu schaffen. Die Hausarbeit der Frau ermögliche es zum Beispiel erst dem Ehemann, einen Teil seines Arbeitseinkommens für die Tilgung der Lasten zu verwenden⁽²⁶⁾.

Auch in seiner neueren Rechtsprechung zu dieser Problematik kommt der BGH zu einer Überlagerung der Miteigentumsgemeinschaft der Ehegatten an ihrem Eigenheim durch die eheliche Lebensgemeinschaft⁽²⁷⁾. Die Entscheidungen betreffen wiederum Alleinverdienerehen, bei denen nur der erwerbstätige Ehegatte die Zins- und Tilgungsbeträge gezahlt hat. Aus dieser Gestaltung des ehelichen Verhältnisses und dem Erwerb von Miteigentum an dem Familienheim schließt der BGH, daß damit der Wille bzw. die Übereinkunft der Ehegatten zum Ausdruck komme, es solle so angesehen werden, als wenn jeder gleichviel zu den Kosten beigetragen habe⁽²⁸⁾. Die sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebende anteilige Lastenverteilung werde dadurch bis zum Scheitern der Ehe abgeändert, so daß der erwerbstätige Ehegatte für die Darlehensschulden im Innenverhältnis allein hafte⁽²⁹⁾.

Nach Meinung des BGH soll die Übernahme der Schuldentilgung für den Ehepartner nun also auf einer Einigung der Ehegatten beruhen⁽³⁰⁾. Dazu führt der 9. Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 26.11.1981 weiterhin aus, daß in dieser Übernahme in der Regel keine Schenkung gesehen werden kann. Vielmehr soll der Erwerb des Familienheims und die Zahlung durch den erwerbstätigen Ehegatten der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen⁽³¹⁾.

Eine Änderung der sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebenden Lastenverteilung durch das Unterhaltsrecht

(26) BGH, FamRZ 1966, 91; OLG Karlsruhe, FamRZ 1974, 306 (308)

(27) BGH, FamRZ 1983, 795 (796); BGH, FamRZ 1983, 797 (799); BGH, FamRZ 1984, 29 (30)

(28) BGH, FamRZ 1983, 797 (799); BGH, FamRZ 1984, 29 (30)

(29) BGH, FamRZ 1983, 795 (796); BGH, FamRZ 1983, 797 (799)

(30) BGH, FamRZ 1982, 246 (247); vgl. auch BGHZ 84, 361 ff.; BGH, FamRZ 1983, 795 (796); BGH, FamRZ 1983, 797 (799); BGH, FamRZ 1984, 29 (30)

(31) BGH, FamRZ 1982, 246 (247)

wird vom BGH allerdings abgelehnt. In einer noch den § 1389 a.F. BGB betreffenden Entscheidung, die sich auf den Umfang des vom Ehemann zu tragenden Aufwands bezog, hat er ausgeführt, die Pflicht des Ehemanns umfasse zwar die Deckung des Wohnbedarfs der Ehegatten. Aus dieser Pflicht lasse sich aber kein Anspruch auf den Erwerb eines Eigenheims herleiten⁽³²⁾. Auch nach der durch das GleichberG vom 18.7.1957 eingetretenen Änderung des Unterhaltsrechts hat es der BGH mehrfach abgelehnt, Aufwendungen, die zur Errichtung oder zum Erwerb eines Familienheims erforderlich sind, als angemessenen Familienunterhalt anzusehen⁽³³⁾. Nach seiner Meinung handelt es sich dabei um Leistungen, die einen bleibenden Wert für die Familie begründen sollen. Sie sollen sich wegen ihrer auf eine Vermögensbildung ausgerichteten Zielrichtung von den sonstigen durch die §§ 1360, 1360 a BGB erfaßten Aufwendungen, die zur Bestreitung der laufenden Bedürfnisse erforderlich sind, abheben und somit über die Verpflichtung zum angemessenen Familienunterhalt hinausgehen⁽³⁴⁾.

2. Literatur

Die Rechtslehre geht ebenfalls davon aus, daß die Zuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb auf einer Vereinbarung der Ehegatten - sei es ein verpflichtender Vertrag zur Übernahme der Schulden oder sei es eine Abrede über den Rechtsgrund der Zuwendung - beruhen. Für solche Ehegattenzuwendungen wird angenommen, daß der gemeinsame Erwerb des Eigenheims Ausdruck der Erkenntnis der Ehegatten ist, daß die Erwerbstätigkeit und die Haushaltsführung den gleichen Wert haben. Denn der im Haushalt tätige Ehegatte ermöglicht es erst, daß der Ehepartner einen Teil seines Einkommens zur Schuldentilgung verwenden kann. Aus diesem Grund wird überwiegend vertreten, daß es sich

(32)BGH, LM zu § 1389 a.F. Nr.1 BGB

(33)BGH, FamRZ 1966,630(631); BGHZ 71,61(67)

(34)BGH, NJW 1966,2401(2402)

bei einer derartigen Zuwendung nicht um eine Schenkung⁽³⁵⁾, sondern um einen im Gesetz nicht geregelten familienrechtlichen Vertrag handelt⁽³⁶⁾.

Zum Teil wird auch angenommen, daß die Erfüllung der auf den haushaltsführenden Ehegatten entfallenden Zins- und Tilgungsverpflichtungen durch den Ehepartner als eine Schenkung anzusehen ist⁽³⁷⁾. Nach Meinung von Holzhauser steht dem nicht entgegen, daß die Zuwendung gerade für eine freiwillige oder andersartige pflichtgemäße Leistung des Empfängers geleistet wird und damit ehebezogen ist. Denn die im Begriff der Unentgeltlichkeit enthaltene Negation drücke die der Schenkung im Verhältnis zu allen entgeltlichen Rechtsgründen zukommende Auffangfunktion aus. Das Institut der Schenkung, das bereits die Zweckschenkung und die remuneratorische Schenkung in sich aufgenommen habe, biete auch für die ehebezogene Schenkung Raum⁽³⁸⁾.

Diese Auffassungen werden hingegen von Lieb abgelehnt. Nach seiner Meinung liegen den Ehegattenzuwendungen weder schuldrechtliche noch familienrechtliche Verträge zugrunde. Vielmehr soll es sich bei den Zuwendungen um spezielle familienrechtliche, rechtsgrundlose Ausgestaltungen der ehelichen Lebensgemeinschaft handeln, die bereits "wesensgemäß mit dem Bestand der Ehe verknüpft sind"⁽³⁹⁾.

Umstritten ist in der Rechtslehre weiterhin, ob sich eine Pflicht zur Zahlung der Zins- und Tilgungslasten aus §§ 1360, 1360 a BGB ergibt. Die Herleitung einer solchen Zahlungspflicht wird überwiegend mit der Begründung abgelehnt, daß die

(35)so ausdrücklich Bosch, Festschrift f. Beitzke, S.137; Erman/Heckelmann, § 1374 Rz.7; RGRK/Finke, § 1374 Rz.18

(36)Gernhuber, § 19 V 7; Göppinger, Vereinbarungen anlässlich d. Ehescheidung, S.319; Henrich, FamRZ 1975,536-537; Hülsheger, S.101 ff.,110; Johannsen, WPM 1978,508-509; Langenfeld, Rz.315; Palandt/Diederichsen, § 1414 Anm.3; Soergel/Gaul, § 1414 Rz.14 (Nachträge); Staudinger/Thiele, § 1374 Rz.28; Tiedtke, DNotZ 1983,162

(37)Holzhauser, JuS 1983,832 ff.; ders., Familienr., S.107 ff.; wohl auch Deubner, FamRZ 1968,351 f.; Kühne, JR 1982,238

(38)Holzhauser, JuS 1983,833-834

(39)Lieb, S.124

Annuitäten zu einer Vermögensbildung führen und sich damit von den sonstigen durch die §§ 1360,1360 a BGB erfaßten Aufwendungen abheben⁽⁴⁰⁾.

Ein anderer Teil der Literatur geht ebenfalls davon aus, daß Mittel, die eine Vermögensbildung bewirken, nicht zum Familienunterhalt zählen. Deshalb sollen die Tilgungszahlungen von den §§ 1360,1360 a BGB nicht erfaßt werden. Dagegen sollen die auf das Fremdkapital entfallenden Zinsleistungen zum Lebensbedarf der Familie und damit zum Familienunterhalt gehören⁽⁴¹⁾.

Nach Meinung eines weiteren Teils der Rechtslehre kann die Verpflichtung zum Familienunterhalt durchaus die Zins- und die Tilgungszahlungen umfassen⁽⁴²⁾. Für die Art und Weise der Wohnbedarfsdeckung sollen allein die Lebensverhältnisse der Ehegatten entscheidend sein. Soweit es diesen Verhältnissen entspricht, sollen sogar Aufwendungen für einmalige Anschaffungen wie zum Beispiel der Erwerb eines Eigenheims zu den Haushaltskosten im Sinn des § 1360 a BGB gehören⁽⁴³⁾. Dagegen soll der Umstand, daß damit zugleich Vermögen gebildet wird, kein entscheidendes Kriterium für die Festlegung des Umfangs und der Höhe des Familienunterhalts darstellen⁽⁴⁴⁾.

Schließlich geht auch die Literatur davon aus, daß schuldrechtliche Rechtsbeziehungen zwischen Ehegatten durch die eheliche Lebensgemeinschaft überlagert und beeinflusst werden können. Im Gegensatz zur Rechtsprechung wird von den Vertretern dieser Auffassung aber nur der Schluß gezogen, daß die Ausübung der sich aus diesen Rechtsverhältnissen ergebenden An-

(40) Ambrock, § 1360 a Anm. II 1; Bosch, Festschrift f. Beitzke, S. 136; Gernhuber, § 21 I 11; Göppinger/Häberle, Rz. 454; Hülshager, S. 88-89; Palandt/Diederichsen, § 1360 a Anm. 1b; RGRK/Wenz, § 1360 a Rz. 9; Schlüter, § 8 II 2 a

(41) MK/Wacke, § 1360 a Rz. 5 (Ergänzgs.-bd.) (anders noch in der 1. Aufl.); Soergel/Lange, § 1360 a Rz. 5; Staudinger/Hübner, § 1360 a Rz. 3

(42) Erman/Heckelmann, § 1360 a Rz. 3; Rolland, § 1360 Rz. 3

(43) Erman/Heckelmann, § 1360 a Rz. 3

(44) Rolland, § 1360 a Rz. 3

sprüche durch die eheliche Lebensgemeinschaft ehekonform modifiziert oder im Grenzfall ganz ausgeschlossen wird⁽⁴⁵⁾.

II. Stellungnahme

Grundtendenz in Rechtsprechung und Rechtslehre ist es also anzunehmen, daß Zuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb auf einer vertraglichen Vereinbarung der Ehegatten beruhen. Sprach die Argumentation des BGH in früheren Entscheidungen noch für einen Rückgriff auf die Generalklausel des § 1353 BGB⁽⁴⁶⁾, so scheint auch der BGH die Übernahme der Zahlungsverpflichtungen durch den erwerbstätigen Ehegatten nun mit einem zwischen den Ehepartnern geschlossenen Vertrag begründen zu wollen. Es bedarf daher der Klärung, ob diese Zahlungsübernahme auf einer gesetzlichen Verpflichtung oder auf einer Ehegattenvereinbarung beruht.

1. Änderung der Lastenverteilung durch das eheliche und nach-eheliche Unterhaltsrecht

Durch den Erwerb des Eigenheims steht der Familie Wohnraum zur Verfügung. Die sich aus dem Kauf ergebenden Zahlungsverpflichtungen könnten daher Unterhaltsleistungen sein, zu denen der allein erwerbstätige Ehegatte gesetzlich verpflichtet ist. Das eheliche Unterhaltsrecht würde dann vorrangig zum Zuge kommen und die sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebende anteilige Lastenverteilung ändern. Das setzt voraus, daß die Unterhaltsverpflichtung die Zins- und Tilgungsleistungen umfaßt.

(45)Dölle, § 33 I 4; Erman/Heckelmann, § 1353 Rz.17; Gernhuber, § 19 II 5; ders., FamRZ 1959,467; Hanisch, NJW 1963, 1038; Hülsheger, S.13-14; Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis II, S.381; Rolland, § 1353 Rz.30; Soergel/Lange, § 1353 Rz.26; Streck, S.104 ff.; vgl. auch Schlüter, § 9 II 3 e(2),f; Schwab, Familienrecht, Rz.109, der aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB einen Ausgleichsanspruch für den im Geschäft oder Betrieb des Partners mitarbeitenden Ehegatten herleitet

(46)s. FN. 25; BGH, FamRZ 1976,334(335)

a) Familienunterhalt

Nach § 1360 S.1 BGB sind Ehegatten verpflichtet, durch ihre Arbeit und ihr Vermögen die Familie angemessen zu unterhalten. Diese nur dem Grunde nach festgelegte Unterhaltspflicht wird durch § 1360 a Abs.1 BGB als der Ausführungsvorschrift des § 1360 BGB hinsichtlich des Kreises der Empfänger und des Umfangs konkretisiert. Der angemessene Unterhalt umfaßt danach alles, was nach den Verhältnissen der Ehegatten erforderlich ist, um die Kosten des Haushalts zu bestreiten und die persönlichen Bedürfnisse der Ehegatten und den Lebensbedarf der gemeinsamen unterhaltsberechtigten Kinder zu befriedigen.

Da die Zins- und Tilgungsverpflichtungen aus dem Erwerb des Familienheims stammen, könnte es sich um Haushaltskosten im Sinn des § 1360 a BGB handeln. Klärungsbedürftig ist daher, welche Aufwendungen von dem Begriff Haushaltskosten umfaßt werden.

Sinn des Familienunterhalts ist es, sämtliche durch den Bestand der Ehe bedingten und ihren Zwecken dienenden Ausgaben zu befriedigen⁽⁴⁷⁾. In der Rechtsprechung und Rechtslehre ist es deshalb allgemein anerkannt, daß die Deckung des Wohnbedarfs als Grundlage des Zusammenlebens der Familie einen der wichtigsten Beiträge zu den Haushaltskosten darstellt⁽⁴⁸⁾. Wohnbedarf kann indes sowohl durch eine Mietwohnung als auch durch den Erwerb einer Eigentumswohnung oder eines Eigenheims erfüllt werden. Für die sich daraus ergebende Frage, in welcher Art und Weise der Wohnbedarf zu befriedigen ist, enthält § 1360 a Abs.1 BGB nur den unbestimmten Rechtsbegriff "Lebensverhältnisse der Ehegatten" als Maßstab für die Höhe des Unterhalts. Eine eindeutige Bezugsgröße ist damit nicht gegeben. Der angemessene Unterhalt kann sich zum Beispiel nach dem tatsächlichen Lebensstandard⁽⁴⁹⁾ oder nach dem Lebensstandard

(47)Boehmer, FamRZ 1960,175 f.

(48)statt aller Palandt/Diederichsen, § 1360 a Anm.1 b

(49)zu den Lebensverhältnissen der Ehegatten nach § 1361 BGB: OLG Bamberg, FamRZ 1981,668(670); OLG Hamm, FamRZ 1981, 361(362)

richten, der bei Zugrundelegung des Familieneinkommens vom Standpunkt eines vernünftigen Betrachters als angemessen erscheint⁽⁵⁰⁾. Die konkrete Höhe des Unterhalts richtet sich also stets nach den Umständen des Einzelfalls.

Eine Verpflichtung zum Erwerb eines Eigenheims und damit zur Zahlung der Zinsen und Tilgungsraten kann den §§ 1360, 1360 a BGB trotzdem nicht entnommen werden. Eine solche Anordnung hätte zur Folge, daß die Rechtsordnung über die Rechtsform bestimmen könnte, in der der Wohnraum einer Familie beschafft wird⁽⁵¹⁾.

Die Ehegatten sind jedoch nicht gehindert, die Rechtsform zu wählen, in der sie ihren Wohnbedarf decken wollen. Statt eine Wohnung zu mieten, können die Ehepartner ein Eigenheim erwerben, das als Familienheim dienen soll. An Stelle der Mietzahlungen, zu denen nach §§ 1360, 1360 a BGB eine Verpflichtung bestanden hätte, werden die Zinsen und Tilgungsraten gezahlt. Im Gegensatz zur Miete, die für die Gebrauchsüberlassung der Wohnung entrichtet wird, ermöglichen die Zins- und Tilgungszahlungen aber nicht nur die Nutzung des Familienheims. Durch sie wird zudem eine bleibende Vermögensposition geschaffen. Zwar tritt ein Vermögenszuwachs nur durch den Tilgungsanteil der Annuitäten ein. Trotzdem können die Zins- und Tilgungsleistungen nicht unterschiedlich behandelt werden. Denn bis zur Tilgung des für den Erwerb des Familienheims aufgenommenen Kredits haben die Ehegatten entsprechend dem mit dem Kreditinstitut vereinbarten Tilgungsplan gleichbleibende Jahresleistungen in einem bestimmten Prozentsatz des ursprünglichen Kapitals zu entrichten, die sich gerade aus den Zins- und Tilgungsraten zusammensetzen. Die Zins- und Tilgungsbeträge sind damit praktisch nur Rechnungsposten innerhalb des Tilgungsplans. Sie sind bei der Kapitalbeschaffung zwangsläufig

(50)BGH, FamRZ 1982,151(152); Schwab, Tendenzen im Recht des Geschiedenenunterhalts, S.28

(51)Gernhuber, § 21 I 11

miteinander verbunden und führen gemeinsam zur Vermögensbildung⁽⁵²⁾. Es stellt sich daher die Frage, ob Zahlungen, die zu einer Vermögensbildung führen, von der Verpflichtung zum Familienunterhalt umfaßt werden.

Der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der §§ 1360, 1360 a BGB liefern zu dieser Frage keine Entscheidungshilfe. Die Materialien zum GleichberG und zum 1. EheRG enthalten keinen Hinweis für oder gegen die Anerkennung einer solchen Pflicht. Da es diesen Vorschriften außerdem an einer eindeutigen Bezugsgröße für die Bestimmung der Höhe des Unterhalts fehlt, läßt sich die Entscheidung nur aus dem Sinn und Zweck des Unterhaltsrechts herleiten.

Unterhalt zu gewähren, bedeutet allgemein, einem Menschen diejenigen Sach-, Dienst- und Geldleistungen zuzuwenden, die zur Aufrechterhaltung seines Lebens und seiner Arbeitskraft erforderlich sind⁽⁵³⁾. Entscheidendes Merkmal für die Pflicht zur Unterhaltsgewährung ist es demnach, daß die Mittel zur Befriedigung der konkreten Lebensbedürfnisse benötigt werden. Die Verwendung der Leistungen für andere Zwecke wird grundsätzlich nicht gedeckt. Unterhalt hat also von seinem Grundgedanken her dort seine Grenze, wo die Mittel nicht mehr zur Erfüllung des Lebensbedarfs erforderlich sind, sondern eine Vermögensbildung beginnt⁽⁵⁴⁾. Daraus folgt, daß die Unterhaltsverpflichtung nach §§ 1360, 1360 a BGB weder die Zins- noch die Tilgungszahlungen umfaßt. Für dieses Ergebnis spricht gleichfalls, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte sonst in den Fällen, in denen die Ehe-

(52) Graba, FamRZ 1985, 659

(53) Göppinger, Rz.1; Otten, FamRZ 1957, 76

(54) BGH, FamRZ 1979, 692(693); BGH, FamRZ 1980, 665(669); BGH, FamRZ 1984, 358(360); OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 1184 (1185);

Christian, ZBl JugR 1982, 566; Huvalé, ZBl JugR 1982, 583; Kalthoener/Büttner, Rz.29; ähnlich auch Köhler, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz.27; Palandt/Diederichsen, § 1361 Anm.2 b aa; Rassow, FamRZ 1980, 541; Rolland, § 1361 Rz.20; Soergel/Lange, § 1361 Rz.13; Weyhardt, FamRZ 1980, 690

gatten getrennt leben, sowohl die Miete für seinen Partner als auch dessen Zinsanteil zu zahlen hätte.

b) Trennungs- und Geschiedenenunterhalt

Die Trennung der Ehegatten oder die Scheidung hat keine Änderung in der rechtlichen Beurteilung dieses Problems zur Folge. Eine Unterhaltsverpflichtung nach §§ 1361, 1569 ff. BGB zur Zahlung der aus dem Kauf des Familienheims resultierenden Zinsen und Tilgungsraten besteht somit nicht.

2. Änderung der Lastenverteilung durch die Generalklausel des Eherechts (bzw. durch eine an ihrem Grundgedanken orientierte Rechtsfortbildung)⁽⁵⁵⁾

Mit dem Erwerb des Eigenheims wird die räumliche Grundlage für die Familie geschaffen, so daß der Kauf der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dient. Der allein erwerbstätige Ehegatte könnte deshalb in den Fällen, in denen der haushaltsführende Ehepartner wegen der Aufgabenverteilung in der Ehe zur Zahlung der auf ihn entfallenden Hauslasten nicht in der Lage ist, durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB zur Übernahme dieser Zahlungen verpflichtet sein. Das hätte eine Änderung der anteiligen Verteilung der Zins- und Tilgungslasten zur Folge.

Nach § 1353 Abs.1 S.2 BGB sind die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet. Einer konkretisierenden Beschreibung der daraus folgenden Einzelpflichten enthält sich jedoch das BGB. Sie sind dem normativen Zweck der Ehe, das heißt also der Begründung, Erhaltung und Entfaltung einer engen, grundsätzlich alle Lebensbereiche jedes Ehegatten umfassenden Lebensgemeinschaft⁽⁵⁶⁾, zu entnehmen. Die Ehegat-

(55)im folgenden wird nur noch von einer Herleitung der Änderung der Lastenverteilung aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB gesprochen

(56)BGHZ 26,196(198); Staudinger/Hübner, § 1353 Rz.11

ten haben alles zu tun, was zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist⁽⁵⁷⁾. So ist anerkannt, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB die Ehegatten zu gegenseitiger Unterstützung und Rücksichtnahme verpflichtet⁽⁵⁸⁾. Gemeint ist damit die Pflicht jedes Ehegatten, seinem Partner in den Grenzen des Zumutbaren persönlichen Schutz und Hilfe in Notlagen zu leisten⁽⁵⁹⁾.

Die Abänderung der sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebenden Verteilung der Zins- und Tilgungslasten geht jedoch über die so verstandene Unterstützungspflicht hinaus. Es handelt sich hier um eine Unterstützung durch finanzielle Leistungen, nämlich um die Tilgung der auf den haushaltsführenden Ehegatten entfallenden Schulden. Fraglich ist, ob aus der Generalklausel des Eherechts ein solcher Anspruch auf Freistellung von den Verbindlichkeiten folgen kann.

a) Korrekturfunktion des § 1353 Abs.1 S.2 BGB

Die Funktion des § 1353 Abs.1 S.2 BGB erschöpft sich nicht darin, Maßstab für die Herleitung einzelner dem Leitbild der Ehe entsprechender Pflichten der Ehegatten zu sein. Die Generalklausel hat auch die Aufgabe, diejenigen Lücken des Gesetzes auszufüllen, die durch fehlende Eherechtsnormen entstehen⁽⁶⁰⁾. Zu Recht wird daher angenommen, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB in seiner vermögensrechtlichen Wirkung nicht nur vermögensrechtliche Ansprüche der Ehegatten gegeneinander beschränken kann, sondern daß aus dieser Vorschrift so-

(57) Erman/Heckelmann, § 1353 Rz.5; RGRK/Scheffler, § 1353 Anm.2 (10./11. Auflage)

(58) vgl. Motive IV,104; RG, HRR 1933 Nr.1624; Erman/Heckelmann, § 1353 Rz.13; Gernhuber, § 18 V 3; MK/Wacke, § 1353 Rz.26

(59) Gernhuber, § 18 V 3

(60) Gernhuber, FamRZ 1959,468; MK/Wacke, § 1353 Rz.3; Schlüter, § 6 I 2

gar vermögensrechtliche Ansprüche hergeleitet werden können⁽⁶¹⁾.

In der Literatur wird dagegen zum Teil eingewandt, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB damit statt nichtvollstreckbarer Herstellungsansprüche vollstreckbare, auf geldwerte Leistungen gerichtete Ansprüche umfassen würde⁽⁶²⁾. Ihren Ursprung haben diese Bedenken darin, daß gegen einen Ehegatten, der seine aus der ehelichen Lebensgemeinschaft folgenden Pflichten nicht erfüllt, von dem anderen Teil mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nach §§ 606 ff. ZPO vorgegangen werden kann und die Zwangsvollstreckung aus dem Herstellungsurteil nach § 888 Abs.2 ZPO ausgeschlossen ist.

Aus dem Vollstreckungsverbot und der Tatsache, daß grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch vollstreckbar ist, kann aber nicht geschlossen werden, § 1353 Abs.1 S.2 BGB umfasse keine vermögensrechtlichen Ansprüche⁽⁶³⁾. Der Verbindung der §§ 606 ff. ZPO mit § 888 Abs.2 ZPO ist lediglich zu entnehmen, daß der Eheherstellungsklage solche Pflichten aus der ehelichen Lebensgemeinschaft zugewiesen sind, die dem persönlichen Bereich zuzuordnen sind⁽⁶⁴⁾. Denn § 888 Abs.2 ZPO liegt der Gedanke zugrunde, daß die Erfüllung der höchstpersönlichen Pflichten, die sich aus der ehe-

(61) BGHZ 37,38(41); OLG Hamm, FamRZ 1966,449; OLG Hamburg, FamRZ 1967,103(104); vgl. auch BGH, FamRZ 1972,363(364); Alebrand, FamRZ 1955,349; Ambrock, JR 1978,3; Beitzke, § 12 III 2; Boehmer, AcP 155,189 f.; Bosch, FamRZ 1958, 290; Dölle, § 33 I 4; Gernhuber, § 19 II 1,2; ders., FamRZ 1958,246 ff.; ders., FamRZ 1959,465 ff.; Mann, S.50 ff.; Müller-Freienfels, Eranion für Maridakis II, S.396; ders., Festschrift für Nipperdey I, S.640; Rol-land, § 1353 Rz.6; Streck, S.83; Tiedtke, FamRZ 1978, 385; Giesen, JR 1983,93; Hanisch, NJW 1963,1038; a.A.: Wägenbaur, FamRZ 1958,400

(62) Soergel/Lange, § 1356 Rz.26 (zum Entgeltsanspruch für Ehegattenmitarbeit); vgl. Wägenbaur, S.400 FN.33

(63) a.A.: Wägenbaur, FamRZ 1958,400 Fn.33

(64) Gernhuber, FamRZ 1959,473; Hanisch, NJW 1963,1038; Streck, S.161 ff.; Tiedtke, FamRZ 1978,386

lichen Lebensgemeinschaft ergeben, nur "durch die auf freier sittlicher Entscheidung beruhenden ehelichen Gesinnung gewährleistet" und nicht etwa durch Zwangsmaßnahmen durchgesetzt werden kann⁽⁶⁵⁾. Das Vollstreckungsverbot des § 888 Abs.2 ZPO bezieht sich daher nur auf solche sich aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB ergebenden Ansprüche, die die persönlichen Beziehungen der Ehegatten zueinander betreffen und bei denen jede Anwendung von Zwang dem sittlichen Empfinden widerspricht⁽⁶⁶⁾.

Das schließt nicht aus, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB auch vermögensrechtliche Ansprüche umfaßt. Sie sind dann allerdings nicht mit der Eheherstellungsklage, sondern mit einer Leistungsklage im Zivilrechtsverfahren durchzusetzen^(66 a).

b) Anspruchsbegründung durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB

Die Feststellung, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB die Grundlage für vermögensrechtliche Ansprüche sein kann, ist allein nicht ausreichend. Der Anspruch des haushaltsführenden Ehegatten auf Freistellung von den Hauslasten muß sich gerade in den hier gegebenen Fällen aus der Generalklausel folgern lassen.

Bedenken gegen eine derartige Lösung ergeben sich zunächst aus praktischen Gesichtspunkten. Da eine klare gesetzliche Regelung fehlt, würde die Frage, ob und in welchen Fällen der Freistellungsanspruch aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB herzuweisen ist, dem Gerechtigkeitsempfinden des mit der Entscheidung befaßten Gerichts überlassen. Dies kann zu einer Gefährdung der Rechtssicherheit führen, weil die richterlichen Entscheidungen nicht mehr voraussehbar sind.

(65)BGH, NJW 1977,378

(66)BGHZ 6,360(364-365); BGH, NJW 1977,378; OLG Bremen, FamRZ 1965,77;

Gernhuber, FamRZ 1959,473; Tiedtke, FamRZ 1978,386

(66 a)Hanisch, NJW 1963,1038; Rolland, § 1353 Rz.6; Schlosser, Jura 1983,205; Tiedtke, FamRZ 1978,386

Außerdem könnte durch die Herleitung eines solchen Freistellungsanspruchs der Anwendungsbereich des § 1353 Abs.1 S.2 BGB überschritten werden. Zwar hat die Generalklausel auch die Aufgabe, diejenigen Lücken des Gesetzes auszufüllen, die durch fehlende Eherechtsnormen entstehen⁽⁶⁷⁾. Zu beachten sind dabei jedoch immer die Wertungen des Gesetzgebers in bereits vorhandenen Bestimmungen. So ist es nicht zulässig, sich bei der Anwendung der Generalklausel (bzw. bei einer an ihrem Grundgedanken orientierten Rechtsfortbildung) über gesetzliche Wertungen hinwegzusetzen, um zu einem als gerecht empfundenen Ergebnis zu gelangen⁽⁶⁸⁾. Fraglich ist deshalb, ob gesetzliche Wertungen der Herleitung des Freistellungsanspruchs aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB entgegenstehen.

Für die Beantwortung der Frage sind die Folgen zu betrachten, die durch diesen Anspruch eintreten würden. Der allein erwerbstätige Ehegatte wäre verpflichtet, die aus dem gemeinsamen Hauserwerb stammenden Zins- und Tilgungsbeträge für seinen Partner zu zahlen. Dem haushaltsführenden Ehegatten würde also schon während der Ehe ein finanzieller Ausgleich für seine Tätigkeit gewährt.

aa) Zugewinnngemeinschaft

Kennzeichnend für die Zugewinnngemeinschaft ist es jedoch, daß die Vermögen der Ehegatten während dieses Güterstandes getrennt sind. Das hat zur Folge, daß die Ehegatten ihre Schulden allein zu tragen haben. Ein Ausgleich des Zugewinns erfolgt erst nach Beendigung des Güterstandes. Die Vorschriften der Zugewinnngemeinschaft scheinen daher der Anwendung der Generalklausel des § 1353 Abs.1 S.2 BGB entgegenzu stehen.

Andererseits ist zu berücksichtigen, daß es sich bei dem Zugewinnausgleich nur um eine Erwerbsaussicht des ausgleichs-

(67)s. § 3 II 2 a

(68)vgl. Brox, Allg. Schuldrr., Rz.74 zur Ausfüllung von Gesetzeslücken durch § 242 BGB

berechtigten Ehegatten handelt, auf dessen Entstehen er keinen Einfluß hat. Denn durch die während des Güterstandes bestehende Trennung der Vermögen kann jeder Ehegatte mit Ausnahme der in den §§ 1365 ff. BGB geregelten Beschränkungen sein Vermögen selbständig verwalten und darüber verfügen. Es stellt sich daher die Frage, ob die Verbindung von Gütertrennung und Zugewinnausgleich bewirkt, daß weitere gesetzliche Ansprüche, die schon während des Güterstandes für einen finanziellen Ausgleich sorgen, ausgeschlossen sind.

Die Entstehungsgeschichte und -gründe für die Einführung der Zugewinnngemeinschaft liefern eine wichtige Entscheidungshilfe. Anlaß für die Reform des Familienrechts durch das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.7.1957 war die Tatsache, daß der seit dem 1. Januar 1900 geltende gesetzliche Güterstand⁽⁶⁹⁾ die Ehefrauen benachteiligte und daher gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstieß. Ziel des zu erlassenden Gesetzes war es daher unter anderem, einen dem Art. 3 Abs. 2 GG entsprechenden gesetzlichen Güterstand zu finden. Der mit dem Entwurf beauftragte Ausschuß für Rechtswesen und Verfassungsrecht ging davon aus, daß ein Güterstand, dessen wesentlicher Inhalt die Bildung eines gemeinschaftlichen Vermögens der Ehegatten ist, der Ehe und dem Grundsatz der Gleichberechtigung mehr als irgendein anderer Güterstand gerecht würde⁽⁷⁰⁾. Dabei waren sich die Mitglieder des Ausschusses dessen bewußt, daß die Einführung der Gütergemeinschaft, bei der das Vermögen und der Erwerb beider Ehegatten im Regelfall gesamthänderisch gebundenes Gesamtgut wird, erhebliche Probleme sowohl in rechtstechnischer - bei der Anordnung der Verwaltung des Gesamtgutes - als auch in haftungsrechtlicher Hinsicht nach sich gezogen hätte.

Zur Vermeidung dieser Nachteile hat sich der Gesetzgeber für die Zugewinnngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand entschieden. Dieser verwirklicht nach Meinung des mit dem Ent-

(69) Güterstand der Verwaltung und Nutznießung des Ehemanns am eingebrachten Gut der Frau

(70) Seidl, BT-Drucks. II/3409, S. 4

wurf beauftragten Ausschusses durch die während der Ehe bestehende Trennung der Vermögen und den nach der Auflösung des Güterstandes durchzuführenden Zugewinnausgleich die Gebote der Gerechtigkeit und Gleichberechtigung der Geschlechter am besten⁽⁷¹⁾. Wie sich aus den Materialien zum Gleichberechtigungsgesetz ergibt, war sich der Gesetzgeber aber bewußt, daß die vorgeschlagene schematische Lösung dem Einzelfall nicht immer hinreichend Rechnung trägt⁽⁷²⁾. Trotzdem hat sich der Gesetzgeber nur für den Ausgleich des Zugewinns nach der Beendigung des Güterstandes entschieden. Der ausgleichsberechtigte Ehegatte soll also erst nach der Beendigung der Zugewinnsgemeinschaft am Gewinn des anderen beteiligt werden. Aufgrund dieser gesetzlichen Wertung können bei der Zugewinnsgemeinschaft weitere Ansprüche, die während der Ehe einen finanziellen Ausgleich für die Haushaltsführung bewirken, aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB (bzw. einer am Grundgedanken der Generalklausel orientierten Rechtsfortbildung) nicht hergeleitet werden.

bb) Gütertrennung und Gütergemeinschaft

Das gleiche gilt, wenn die Ehegatten entweder im Güterstand der Gütertrennung leben oder in Gütergemeinschaft und sie ihre Miteigentumsanteile an dem Familienheim zum Vorbehaltsgut nach § 1418 Abs.2 Nr.1 BGB erklärt haben. Kennzeichnend für die Gütertrennung sowie das Vorbehaltsgut der Ehegatten ist das Fehlen jeglicher güterrechtlicher Beziehungen. Die Vermögensmassen bleiben hinsichtlich ihrer Verwaltung und Nutzung vollständig getrennt. Entsprechend der Trennung sind die Lasten zwischen den Ehegatten aufgeteilt⁽⁷³⁾. Im Gegensatz zur Zugewinnsgemeinschaft hat der Gesetzgeber also einen finanziellen Ausgleich zwischen den Ehegatten gerade nicht

(71)Seidl, BT-Drucks.II/3409, S.5

(72)vgl. die Begründung zum Regierungsentwurf I, BT-Drucks. I/3802, S.59 zu § 1386; Begr. z. Regierungsentwurf II, BT-Drucks. II/224, S.45 zu § 1385

(73)Dölle, §§ 65 IV,67 IV 3; Schlüter, §§ 13 I,14 II 3

vorgesehen. Daraus folgt, daß eine Änderung der sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebenden Lastenverteilung auch in diesen Fällen nicht aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB herzu-
leiten ist. Zwar hindert das Gesetz die Ehegatten nicht dar-
an, eine solche Änderung zu vereinbaren. Doch kann der durch
die vereinbarte Gütertrennung oder durch die Erklärung zum
Vorbehaltsgut bestehende Ausschluß eines finanziellen Aus-
gleichs nicht durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB umgangen werden.

3. Änderung der Lastenverteilung durch Vertrag

a) Zustandekommen des Vertrags

Unproblematisch sind die Fälle, in denen die Ehegatten über
die Zahlungszuwendungen ausdrückliche Vereinbarungen getrof-
fen haben. Praktische Schwierigkeiten zeigen sich jedoch,
wenn es - wie im Regelfall - an einer ausdrücklichen Ein-
igung fehlt oder es streitig ist, ob den Zuwendungen über-
haupt vertragliche Abreden der Ehegatten zugrundeliegen. Der
Nachweis einer solchen Vereinbarung kann sich dann aus der
Deutung des schlüssigen Verhaltens der Ehegatten ergeben.
Das heißt mit anderen Worten: Die Gesamtumstände des Mitei-
gentumserwerbs und der Zahlung der Schulden müssen nach der
Lebenserfahrung für die Annahme sprechen, daß dem Verhalten
der Ehegatten ein Vertrag zugrundeliegt.

aa) Gegenseitiges Einvernehmen (bzw. stillschweigende Ein- igung) der Ehegatten

Das Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung bedeutet indes
nicht, daß es sich bei den ehebezogenen Zuwendungen um
"causallose" Zuwendungen der ehelichen Lebensgemeinschaft
handelt, wie Lieb annimmt⁽⁷⁴⁾. Denn Vermögensverschiebungen
werden nicht um ihrer selbst willen vorgenommen, daß heißt

(74)Lieb, S.124

nur um eine Bereicherung des Empfängers herbeizuführen⁽⁷⁵⁾. Mit einer Vermögensverschiebung wird in der Regel ein bestimmter Zweck verfolgt, dem ihr Empfang dienen soll. Zuwendungen erfolgen demnach nicht ohne einen Grund, der sie rechtfertigt⁽⁷⁶⁾. So ist es auch bei der aufgezeigten Fallgestaltung. Aus den Gesamtumständen ist hier zu schließen, daß die Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen durch den erwerbstätigen Ehegatten im gegenseitigen Einvernehmen der Ehepartner erfolgt. Den Ausgangspunkt für diese Schlußfolgerung bildet die Tatsache, daß die Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft im wesentlichen den Ehegatten überlassen ist. Sie haben über ihren Wohnsitz, die eheliche Rollenverteilung, die Kinderzahl und ähnliches zu entscheiden. Eine Verpflichtung zur Gestaltung der Ehe hat der Gesetzgeber in § 1356 Abs.1 S.1 BGB sogar ausdrücklich normiert. Nach der Vorschrift haben die Ehegatten die Haushaltsführung im gegenseitigen Einvernehmen zu regeln. Eine solche Regelung ist jedoch nicht isoliert zu sehen. Sie beeinflußt auch andere Bereiche des gemeinsamen Lebens der Ehegatten⁽⁷⁷⁾. So wird es dem haushaltsführenden Ehegatten mangels eigenen Einkommens nicht möglich sein, seinen finanziellen Verpflichtungen nachzukommen. Zu deren Erfüllung ist regelmäßig nur der erwerbstätige Ehegatte in der Lage. Diese Folge, die sich aus der Aufgabenverteilung in ihrer Ehe ergibt, wird den Ehegatten spätestens bei größeren Anschaffungen wie zum Beispiel dem fremdfinanzierten Kauf eines Familienheims, der mit erheblichen finanziellen Belastungen verbunden ist, bewußt. Erwerben die Ehegatten das Haus trotzdem als Miteigentümer, um den haushaltsführenden Teil an dem Vermögenszuwachs während der Ehe zu beteiligen, so besteht zwischen ihnen Einvernehmen darüber, daß nur der erwerbstätige Ehegatte die Tilgung der Hauslasten übernehmen kann und übernehmen wird. Diese stillschweigende Einigung ist also eine Folge der ehe-

(75)Hübner, Rz.359; Lehmann/Hübner, § 25 III 1 b

(76)Brox, BGB-AT, Rz.111; Holzhauer, Familienrecht, S.114 ff.; ders., JuS 1983,832; Hübner, Rz.359; Hülsheger, S.97; Larenz, BGB-AT, § 18 II d; Lehmann/Hübner, § 25 III 1 b,c; Oertmann, BGB-AT, S.301

(77)Gernhuber, FamRZ 1979,198; Kurr, FamRZ 1978,2

lichen Aufgabenverteilung und damit eine Form der autonomen Gestaltung der Ehe. Durch sie wird die sich aus dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft ergebende Verteilung der Hauslasten entsprechend abgeändert.

bb) Rechtsbindungswille

Geklärt ist damit noch nicht, welche Rechtsnatur diese Einigung der Ehegatten hat. In Betracht kommt eine vertragliche Vereinbarung oder eine mit der Zuwendung erfolgte Rechtsgrundabrede (im Sinn des § 812 Abs.1 S.2, 2.Alt. BGB), die nicht voll rechtsgeschäftlich ausgebildet ist⁽⁷⁸⁾.

Zur Lösung der Frage gibt das Bürgerliche Gesetzbuch keine Entscheidungshilfe. Die allgemeinen Bestimmungen über Verträge (§§ 145-157 BGB) regeln nur das Zustandekommen von Verträgen. Ein Kriterium für die Abgrenzung des Vertrags von einer Einigung ohne vertragliche Wirkung wird nicht genannt. Daraus könnte geschlossen werden, daß jede Vereinbarung schon ein Vertrag nach §§ 145 ff. BGB ist. Anerkannt ist jedoch, daß Vereinbarungen eine Reihe von Rechtswirkungen unterschiedlicher Intensität haben können, die von Gefälligkeiten des täglichen Lebens oder rein gesellschaftlichen Abmachungen über Zwischenstufen bis hin zu Verträgen reicht⁽⁷⁹⁾. Daraus folgt: Vereinbarungen können, müssen aber nicht notwendig Rechtspflichten für den Leistenden enthalten.

aaa) Rechtsbindungswille als Abgrenzungskriterium

Den Ansatz für die Abgrenzung der Verträge von nichtvertraglichen Vereinbarungen bildet das Willenselement der Einigung. Nach der heute herrschenden Rechtsgeschäftslehre

(78)Erman/Westermann, § 812 Rz.51; MK/Lieb, § 812 Rz.162

(79)Hepting, § 25 II 3; siehe auch die Abhandlung von Reuss, AcP 154,485 ff.,521 ff.

handelt es sich bei den Rechtsgeschäften bzw. den Verträgen des BGB um Privatwillenserklärungen, die auf einen rechtlichen Erfolg zielen und aufgrund der den Parteien zustehenden Privatautonomie eine rechtliche Regelung in Geltung setzen. Die Rechtsfolge tritt dann ein, weil sie von den Parteien gewollt ist⁽⁸⁰⁾. Der Rechtsfolge- oder Rechtsbindungswille hat nach dieser Meinung also eine doppelte Wirkung. Als erstes ist er auf die Herbeiführung einer konkreten Rechtsfolge gerichtet. Daneben enthält er die Entscheidung der Parteien, daß ihre Vereinbarung verbindlich sein soll⁽⁸¹⁾. Deshalb wird der Rechtsbindungswille von der Rechtsprechung⁽⁸²⁾ und der herrschenden Rechtslehre⁽⁸³⁾ als entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung vertraglicher von nichtvertraglichen Vereinbarungen oder Rechtsgrundabreden, die nicht voll rechtsgeschäftlich ausgebildet sind, angesehen.

Zum Teil wird dagegen geltend gemacht, daß eine Abgrenzung mit Hilfe des Rechtsbindungswillens zu einer zu starken Betonung des Parteiwillens führt⁽⁸⁴⁾. Die Parteien könnten sich dann schon durch die Erklärung, daß ihre Vereinbarung keine Bindung enthält, der rechtlichen Verpflichtung entziehen⁽⁸⁵⁾. Daher soll der Rechtsbindungswille nicht mehr das entscheidende Abgrenzungskriterium sein, sondern nur noch ein Kriterium neben anderen auf gleicher Stufe⁽⁸⁶⁾.

(80) vgl. Motive I, 126; Mugdan I, 421

(81) vgl. Nachweis bei Willoweit, Abgrenzung und rechtliche Relevanz, S. 30-38, 44-52, 85-106; ders., NJW 1971, 2049

(82) RGZ 157, 228 (233); BGHZ 21, 102 (106-107); BGH, VRS 20, 251 (252); BGHZ 56, 204 (210); BGH, NJW 1974, 1705 (1706)

(83) vgl. Betti, Festschrift für Rabel II, S. 89 f.; Enneccerus/Nipperdey, § 145 II A 2; Erman/Hefermehl, Vorbem. 2 ff. zu § 145; Flume, BGB-AT II, § 4, 7; Larenz, BGB-AT, § 19 I; MK/Kramer, Vorbem. 20 zu § 145; Palandt/Heinrichs, Einf. 1 c vor § 116 und Einf. 1 a bb vor § 145; Staudinger/Dilcher, Vorbem. 10 zu §§ 145 ff.;

a.A.: Hepting, §§ 25 II 2, 27; wohl auch Kellmann, JuS 1971, 610 ff.; Plander, AcP 176, 440 ff.; Willoweit, NJW 1971, 2050

(84) Hepting, § 84 III 2 e; Willoweit, NJW 1971, 2050

(85) Willoweit, NJW 1971, 2050

(86) Hepting, § 25 II 2

Vielmehr soll sich die Verbindlichkeit einer Vereinbarung als Folge rechtlicher Bewertung - durch den "Spruch der Rechtsordnung" - ergeben⁽⁸⁷⁾.

Den Kritikern ist insoweit zuzustimmen, daß die Rechtsverbindlichkeit nicht allein nach dem nicht in Erscheinung getretenen Willen des Leistenden oder der Parteien beurteilt werden kann. Konsequenz dieser Feststellung darf es aber nicht sein, auf den Rechtsbindungswillen als Abgrenzungskriterium praktisch zu verzichten und die Verbindlichkeit aufgrund rechtlicher Bewertung festzustellen. Das würde eine erhebliche Einschränkung des Grundsatzes der Privatautonomie bewirken, nach der es den Partnern einer Vereinbarung freisteht, innerhalb der von der Rechtsordnung bereitgestellten Gestaltungsmöglichkeiten zu wählen und den Inhalt der Abrede selbst zu bestimmen⁽⁸⁸⁾. Ansatz für die Abgrenzung muß deshalb der Rechtsbindungswille der Parteien sein. Die Frage, ob dieser Wille vorhanden war, ist indes nicht nach dem inneren Willen der Parteien zu entscheiden, sondern es ist zu ermitteln, welche tatsächliche Bedeutung die Vereinbarung aus der Sicht eines objektiven Betrachters hat, der den Erklärungssachverhalt unter den gegebenen Umständen wahrnimmt⁽⁸⁹⁾.

bbb) Inhalt des Rechtsbindungswillens

Vor der Feststellung, ob die Einigung der Ehegatten mit Rechtsbindungswillen getroffen wurde, ist zu klären, welche inhaltlichen Anforderungen an diesen Willen zu stellen sind. Denn die Parteien einer Abrede einigen sich häufig nur über den Inhalt der jeweiligen Zusage, jedoch nicht ausdrücklich

(87)Hepting, § 27,2; Willoweit, NJW 1971,2050

(88)vgl. Palandt/Heinrichs, Einf.3 vor § 145; StudK/Lüderitz, § 305 II 1 ff.

(89)BGHZ 21,102(106-107); BGHZ 56,204(210); BGH, VRS 20, 251(252); OLG Celle, NJW 1965,2348(2349); Erman/Hefermehl, Vorbem.4 zu § 145; MK/Kramer, Vorbem.20 zu § 145; Staudinger/Dilcher, Vorbem.10 zu §§ 145 ff.; StudK/Hadding, § 133 Anm.3 b

über ihre rechtliche Verbindlichkeit⁽⁹⁰⁾. Dies gilt speziell für Vereinbarungen zwischen Ehegatten. Gerade im Ehegattenverhältnis liegt die Annahme nahe, daß die Partner ihre Beziehungen - auch wenn sie bindend sein sollen - nicht in rechtlich fixierten Erklärungen regeln⁽⁹¹⁾. Daher werden zu Recht an Inhalt und Umfang des Rechtsbindungswillens bei Abreden zwischen Ehepartnern nur geringe Anforderungen gestellt. Die Entscheidung der Frage, ob ein solcher Wille vorliegt, ist dann nach der Art der Abrede, ihrem Grund und Zweck, ihrer wirtschaftlichen Bedeutung, den Umständen, unter denen die Leistung erbracht wird und der Interessenlage der Parteien zu beurteilen⁽⁹²⁾.

Legt man diese Kriterien zugrunde, so ist davon auszugehen, daß die Ehegattenvereinbarung in den zu besprechenden Fällen bindend ist. Zwar verpflichten sich Ehegatten schon mit der Eingehung ihrer Ehe zur Begründung einer ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie erklären damit ausdrücklich oder zumindest stillschweigend, alle Pflichten, die sich aus der Ehe ergeben, übernehmen zu wollen. Ehegatten werden sich daher im vermögensrechtlichen Bereich unterstützen, ohne dies gleich als Erfüllung eines besonderen Vertrags anzusehen.

Die Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen geht aber weit über derartige Unterstützungshandlungen und Gefälligkeiten hinaus. Gerade die wirtschaftliche Bedeutung der Zahlungsübernahme, sowie das daran bestehende Interesse des haushaltsführenden Ehegatten lassen auf einen rechtlichen Bindungswillen schließen. Für diese Annahme spricht auch, daß es im Fall einer nichtvertraglichen Abrede der Ehepartner im Belieben des erwerbstätigen Ehegatten stehen würde, ob er die Schulden seines Partners zahlt. Diese Möglichkeit widerspricht aber gerade dem mit dem Miteigentumserwerb angestrebten Zweck der Vermögensbeteiligung des haushaltsfüh-

(90)Hepting, § 24 II

(91)Fischer, LM Nr.4 zu § 705 BGB (Anmerkung)

(92)BGHZ 21,102(107); BGHZ 56,204(210); BGH, NJW 1974, 1705(1706); OLG Celle, NJW 1965,2348(2349)

renden Ehegatten als Anerkennung für seine Tätigkeit.

Zusammenfassend läßt sich also sagen:

Die wirtschaftliche Bedeutung dieser Zuwendungen, das daran bestehende Interesse des in der Regel einkunftslosen, haushaltsführenden Ehegatten und der Zweck des Miteigentumserwerbs lassen auf einen Rechtsbindungswillen schließen, so daß es sich bei der Einigung der Ehegatten nicht um eine Rechtsgrundabrede, sondern um einen Vertrag handelt.

b) Art des Vertrags

Fraglich ist außerdem die Art des Vertrags. Zweck des Miteigentumserwerbs am Familienheim und der Übernahme der Hauslasten durch den erwerbstätigen Ehegatten ist es, den haushaltsführenden Ehegatten an dem Vermögenserwerb zu beteiligen, da dieser durch seine Tätigkeit den Vermögenszuwachs mit ermöglicht. Als Vertragsarten kommen daher ein Schenkungsversprechen und wegen des Bezugs zur ehelichen Lebensgemeinschaft ein familienrechtlicher Vertrag in Betracht.

aa) Schenkung

Eine Begriffsbestimmung der Schenkung, die als Handschenkung und als Schenkungsversprechen möglich ist, enthält § 516 Abs.1 BGB. Nach dieser Vorschrift handelt es sich bei einer Zuwendung, durch die jemand aus seinem Vermögen einen anderen bereichert, um eine Schenkung, wenn sich beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt.

Eine Schenkung setzt also in objektiver Hinsicht eine vermögensverschiebende Zuwendung voraus. Eine solche Zuwendung liegt hier nicht in dem Erwerb des Miteigentums an dem Familienheim, denn der Kaufpreis wurde mit Hilfe eines Kredits gezahlt, den beide Ehegatten als Gesamtschuldner aufgenommen haben. Zugewendet werden dagegen die Zins- und Tilgungsbeträge. Erst die Tilgung der Schulden mit den Mitteln des

erwerbstätigen Ehegatten verschafft dem haushaltsführenden Partner einen Vermögensvorteil. Unerheblich ist insofern, daß diese Zuwendungen nicht unmittelbar an den Empfänger erfolgen, sondern in Form der Freistellung von seinen Schulden eintreten. Denn das Schenkungsobjekt braucht nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Schenkers in das des Empfängers überzugehen (sog. mittelbare Schenkung)⁽⁹³⁾.

Als subjektive Tatbestandsvoraussetzung muß nach dem Wortlaut des § 516 Abs.1 BGB die Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung hinzukommen. Unentgeltlich ist eine Zuwendung, wenn sie nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht mit einer Gegenleistung verbunden⁽⁹⁴⁾ und auch sonst nicht zur Tilgung einer Verbindlichkeit bestimmt ist⁽⁹⁵⁾. Bei einem entgeltlichen Geschäft steht dagegen der Zuwendung eine Leistung des Empfängers gegenüber, ohne mit ihr synallagmatisch verknüpft sein zu müssen⁽⁹⁶⁾. Zurückgehend auf das von Oertmann entwickelte Konzept zur Abgrenzung der entgeltlichen von unentgeltlichen Rechtsgeschäften⁽⁹⁷⁾ ist eine Zuwendung nach der herrschenden Meinung auch dann entgeltlich, wenn eine Gegenleistung Bedingung der Zuwendung ist (sog. konditionale Verknüpfung) oder wenn sie als Zweck der Zuwendung vereinbart wird (sog. kausale Verknüpfung)⁽⁹⁸⁾. Erforderlich ist aber immer ein Aus-

(93)RGZ 167,199(202);

RGRK/Mezger, § 516 Rz.5; Ripfel, DNotZ 1959,511; Staudinger/Reuss, § 516 Rz.10

(94)RGZ 105,246(248); RGZ 125,380(383); BGH, WPM 1967, 1131(1132);

MK/Kollhosser, § 516 Rz.13; RGRK/Mezger, § 516 Rz.2

(95)RGZ 62,38(44-45); RGZ 105,246(248); RGZ 125,380(383); BGHZ 5,302(305); MK/Kollhosser, § 516 Rz.13

(96)Holzhauer, JuS 1983,832

(97)Oertmann, Entgeltliche Geschäfte, S.16 f.

(98)RGZ 163,348(356);

zur kondition. Verknüpfung: RG, JW 1911,278; RG, Recht 1918 Nr.1522; RG, WarnR 1920 Nr.38; RG, JW 1920,139(140); BGH, NJW 1951,268;

zur kausalen Verknüpfung: RG, Recht 1917 Nr.1810; RG, JW 1938,691;

Blomeyer, Allg. Schuldr., § 21 II; ders., Bedingungslehre, § 7; von Caemmerer, Festschrift für Rabel I, S.346

FN.49; Erman/Seiler, § 516 Rz.11; Migsch, AcP 173,53;

Soergel/Mühl, § 516 Rz.17,18; Staudinger/Reuss, § 516 Rz.14

tauschverhältnis zwischen Zuwendung bzw. Leistung und Gegenleistung, das auf einem rechtlichen und nicht nur wirtschaftlichen Zusammenhang beruht⁽⁹⁹⁾. Die Zahlungsübernahme durch den erwerbstätigen Ehegatten ist also in den zu besprechenden Fällen als eine Schenkung anzusehen, wenn sich die Ehepartner darüber einig waren, daß die Zuwendungen ohne Gegenleistung erfolgen sollten.

Mit dem Erwerb des Eigenheims wollten die Ehegatten eine Wohnung für die Familie schaffen und gemeinsam Vermögen bilden. Jeder Ehegatte sollte mit den ihm eigenen Mitteln dazu beitragen. Bei einer Alleinverdienerehe stellt nun die Haushaltsführung des dazu verpflichteten Ehegatten seinen spezifischen Beitrag zu der Vermögensbildung dar. Die Tätigkeit im Haushalt ermöglicht es unter anderem, daß der erwerbstätige Ehegatte einen Teil seines Einkommens zur Tilgung der Darlehensschulden verwenden kann. Es ist also davon auszugehen, daß die Ehegatten die Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen nicht nur als Dank für die Haushaltsführung, sondern als deren Gegenstück zur Vermögensbildung ansahen.

Darüberhinaus ist die Bezeichnung der Ehegattenzuwendungen als entgeltlich oder unentgeltlich nicht passend. Es handelt sich um Rechtsbegriffe, die sich auf Schuldverträge beziehen⁽¹⁰⁰⁾. Entgeltlich können nur Verträge sein, die auf einen Leistungsaustausch gerichtet sind⁽¹⁰¹⁾. Bei dem Verhältnis zwischen den Ehegattenzuwendungen und der Haushaltsführung geht es jedoch nicht um den Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern um die spezifischen Beiträge der Ehepartner für die Gemeinschaft. Diese Beiträge wirken zusammen und dienen gemeinsam der Ehe. Wenn deshalb vorgeschlagen wird, die Zuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb als ehebezogene Schenkungen zu werten⁽¹⁰²⁾, so handelt es sich dabei zwar um eine im BGB geregelte Vertragsart. Dem Gesetz ist

(99)RGRK/Mezger, § 516 Rz.9; Staudinger/Reuss, § 516 Rz.14

(100)Beck, S.26; Simson, S.52

(101)Beck, S.26

(102)Holzhauer, JuS 1983,833-834

allerdings der Sonderbegriff einer ehebezogenen Schenkung fremd. Es wären dann die Vorschriften des Schenkungsrechts anzuwenden.

Dieser schuldrechtlichen Lösung stehen aber gerade der besondere Bezug der Zuwendungen zur Ehe sowie die Vorstellung der Ehegatten entgegen. Die Zins- und Tilgungszahlungen werden mit Rücksicht auf die bestehende persönliche Beziehung der Ehepartner erbracht. Sie stellen eine Anerkennung des dem haushaltsführenden Ehegatten möglichen Beitrags zu der Vermögensbildung dar. In derartigen Fällen ist es nicht gerechtfertigt, eine Schenkung anzunehmen, da die Zuwendungen von den Ehegatten nicht als solche gemeint und angenommen wurden.

bb) Familienrechtlicher Vertrag

Aufgrund ihres engen Bezugs zur ehelichen Lebensgemeinschaft könnte die Ehegattenvereinbarung als ein im Gesetz nicht geregelter familienrechtlicher Vertrag oder als ein spezieller Ehevertrag nach § 1408 BGB zu werten sein. Denn Vereinbarungen zwischen Ehegatten, die ihre vermögensrechtlichen Beziehungen betreffen, können in Grenzfällen ungewollt die Funktion eines Ehevertrags übernehmen und güterrechtliche Wirkungen entfalten⁽¹⁰³⁾.

§ 1408 Abs.1 BGB bestimmt, daß Ehegatten in einem Ehevertrag ihre güterrechtlichen Verhältnisse regeln können. Kriterium für die Abgrenzung der güterrechtlichen Regelungen von sonstigen vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften zwischen Ehegatten ist es nach der Rechtsprechung und herrschenden Lehre, ob die Vereinbarung das Bestehen der Ehe zwischen den Partnern notwendig voraussetzt und der zwischen ihnen bestehende Güterstand als solcher dadurch verändert wird, und sei es nur in bezug auf einen einzelnen Vermögensgegenstand. Es müssen Rechtsfolgen ausgelöst werden, die nur durch eine

(103)so zu Recht Hepting, § 1 III 1

Änderung des bestehenden Güterstandes ermöglicht werden. Dagegen sollen Rechtsgeschäfte der Ehegatten, deren Rechtsfolgen den bestehenden Güterstand unberührt lassen, keine güterrechtlichen Regelungen darstellen⁽¹⁰⁴⁾. Das soll auch in den Fällen gelten, in denen die Ehe oder einzelne eheliche Lebensverhältnisse Anlaß des Rechtsgeschäfts waren^(104 a).

Legt man diese restriktive Auslegung des Rechtsbegriffs der güterrechtlichen Verhältnisse zugrunde, so ist die zwischen den Ehegatten getroffene Vereinbarung nicht als Ehevertrag anzusehen, denn sie setzt nicht voraus, daß die Vertragspartner verheiratet sind. Sie ist zum Beispiel auch zwischen Personen denkbar, die in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammenleben und ein Eigenheim als Miteigentümer erworben haben.

Dieses Ergebnis wird durch § 1380 BGB bestätigt. Mit dieser für den gesetzlichen Güterstand geltenden Vorschrift hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, daß er die den Ehegatten zuwendungen zugrunde liegenden Rechtsgeschäfte nicht als Eheverträge ansieht. Bei der zwischen den Ehegatten vereinbarten Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen durch den erwerbstätigen Ehegatten handelt es sich daher nicht um einen Ehevertrag. Sie ist eine Folge der ehelichen Aufgabenverteilung und damit eine Form der autonomen Gestaltung der ehelichen Lebensgemeinschaft durch die Ehegatten. Aufgrund dieses engen Bezugs zur Ehe ist sie als ein im Gesetz nicht geregelter familienrechtlicher Vertrag zu werten.

(104) RG, Gruch 63,614(616); RG, JW 1911,154; RGZ 87,56(60); RG, LZ 1919,1076(1077-1078); BGH, FamRZ 1978,771; BGH, NJW 1980,193; Bay ObLG, FamRZ 1981,688(689); Bay ObLG, FamRZ 1983,198(199); Bay ObLG, FamRZ 1983,1248(1249); Dölle, § 43 C II 5; Palandt/Diederichsen, § 1408 Anm.3 a; RGRK/Finke, § 1408 Rz.2; vgl. auch Schwab, DNotZ-Sonderheft 1977,55-56; Soergel/Gaul, § 1408 Rz.7; Staudinger/W. Thiele/B. Thiele, § 1408 Rz.6 ff.

(104 a) BGH, FamRZ 1978,771; Bay ObLG, FamRZ 1983,198(200); Dölle, § 43 C II 5 a

§ 4 Zusammenfassung

Nach dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft sind die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Zins- und Tilgungslasten im Innenverhältnis der Ehegatten nach dem Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile verteilt. Diese schuldrechtliche Beziehung zwischen den Ehegatten wird allerdings durch die eheliche Lebensgemeinschaft beeinflusst. Zwar läßt sich eine Änderung dieser für Ehegatten, die eine Alleinverdienerehe führen, nicht sachgerechten Lastenverteilung aus familienrechtlichen Vorschriften nicht herleiten. Sie ergibt sich weder aus dem ehelichen Unterhaltsrecht noch aus der Generalklausel des § 1353 Abs.1 S.2 BGB. Die Änderung erfolgt jedoch aufgrund einer stillschweigenden vertraglichen Vereinbarung, die dem Gesamtverhalten der Ehegatten bei dem Erwerb ihres Familienheims und ihrer Aufgabenverteilung in der Ehe zu entnehmen ist.

2.Kapitel: Ausgleich der Zins- und Tilgungszuwendungen nach der Auflösung der Ehe durch Scheidung

§ 5 Meinungsstand

I. Rechtsprechung

Der BGH hat die Ausgleichsansprüche für finanzielle Mehrleistungen des einen Ehegatten, die dieser bis zur Scheidung für den Erwerb des Familienheims erbracht hat, zunächst nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung beurteilt⁽¹⁰⁵⁾. So wurde ein Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs.1 S.2,1. und 2.Alt. BGB vom BGH mit der Begründung abgelehnt, die Zuwendung habe dazu gedient, den Ehepartner an den Früchten des ehelichen Zusammenlebens zu beteiligen. Der allmähliche Vermögenszuwachs des haushaltsführenden Ehegatten sei ein Ausgleich für Beiträge, die dieser bereits in der Vergangenheit erbracht habe⁽¹⁰⁶⁾.

In seiner neueren Rechtsprechung ist nunmehr eine grundlegende Änderung eingetreten. Ehebezogene Zuwendungen werden nicht mehr nach dem Bereicherungsrecht, sondern - abhängig von dem Güterstand, in dem die Ehegatten leben - entweder nach güterrechtlichen Vorschriften oder nach den Grundsätzen vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgeglichen.

In den Fällen, in denen die Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft lebten, hat der BGH die Rückabwicklung der Zins- und Tilgungszuwendungen mit der güterrechtlichen Auseinandersetzung nach §§ 1372 ff.BGB verbunden. So hat der IV.Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 3.12.1975 ausgeführt, nach den Rechtsgedanken des gesetzlichen Güterstandes sollten die

(105) zur Rückgewähr sonstiger Ehegattenzuwendungen zum Hauserwerb wurden u.a. auch schuldrechtl. Konstruktionen wie z.B. Auftrag (BGH, NJW 1951,352), Gemeinschaft (BGH, FamRZ 1969,78), § 812 I 2,1.Alt. (BGH, NJW 1968,245), § 812 I 2,2.Alt. (BGH, FamRZ 1969,409) herangezogen

(106) BGH, FamRZ 1966,91; im Ergebnis auch KG, JR 1951,439; LG Münster, FamRZ 1960,117(118-119)

Ehegatten an allem, was sie während der Ehe hinzuerworben hätten, wertmäßig gleichen Anteil haben und zwar ohne Rücksicht darauf, in welcher Weise und in welchem Umfang sie zu dem Erwerb der einzelnen Vermögensgegenstände beigetragen hätten. Die gewünschte gleichmäßige Beteiligung der Eheleute am ehelichen Vermögenserwerb sei für den Fall der vorzeitigen Auflösung des Güterstandes durch Scheidung der Ehe mittels der Regelung über den Zugewinnausgleich nach §§ 1363 Abs.2 S.2, 1372 ff.BGB verwirklicht worden. Unentgeltliche Zuwendungen des einen Ehegatten an den anderen seien durch das Gesetz in §§ 1374 Abs.2, 1380 BGB in besonderer Weise berücksichtigt⁽¹⁰⁷⁾. Soweit die güterrechtliche Regelung eingreife, bedürfe es keines Rückgriffs auf die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften. Auch ein Anspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage könne von den Ehegatten jedenfalls insoweit nicht geltend gemacht werden, als die Zuwendung den Betrag wertmäßig nicht übersteige, den sein Ehepartner ohne sie als Zugewinnausgleich fordern könne. Das Zusammenwirken der §§ 1374 Abs.2, 1380 BGB würde dann zu einem interessengerechten Vermögensausgleich führen⁽¹⁰⁸⁾.

Einen Schritt weiter gegangen ist der IX.Zivilsenat des BGH in seinem Urteil vom 26.11.1981. Er hält die Bestimmungen über den Zugewinnausgleich sogar dann für vorrangig, wenn der Zuwendungsempfänger während der Ehe mehr erhalten hat als sein Zugewinnausgleich ohne die Zuwendung ausmachen würde. Die güterrechtliche Regelung führe auch in solchen Fällen zu einem sachgemäßen Vermögensausgleich, so daß die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage verdrängt würden⁽¹⁰⁹⁾. Denn nach den Vorschriften des Zugewinnaus-

(107)BGHZ 65,320(323)=JZ 1976,486 mit Anmerkung von Kühne

(108)BGHZ 65,320(323 ff.);

bestätigt durch: BGH, FamRZ 1976,334 ff.; BGHZ 68, 299(302 f.)

(109)BGHZ 82,227(232-233)=JR 1982,234 mit Anmerkung von Kühne; BGH, FamRZ 1982,778; LG Bonn, FamRZ 1980,359 f.; a.A.: OLG Schleswig, FamRZ 1978,247

gleichs sei der Zuwendungsempfänger zu einer Ausgleichszahlung nach § 1378 BGB verpflichtet, wenn er einen höheren Zugewinn erzielt habe. Dieser Betrachtungsweise steht nach Meinung des BGH § 1380 BGB nicht entgegen. Die Vorschrift schließe einen solchen Anspruch bei zu hohen Vorausleistungen des zuwendenden Ehegatten nicht aus. Sie greife nur ein, wenn eine Ausgleichsforderung bestehe, auf die ein Vorausempfang angerechnet werden könne. Auch § 1374 Abs.2 BGB stehe nicht entgegen, da diese Bestimmung jedenfalls nicht auf Zuwendungen unter Ehegatten anzuwenden sei⁽¹¹⁰⁾. In den Fällen, in denen es zu einer Anrechnung der Zuwendung nach § 1380 BGB komme, bedürfe es des Rückgriffs auf § 1374 Abs.2 BGB nicht, um die Zuwendung im Vermögen des Empfängers zu neutralisieren. Die Verminderung des Zugewinns dieses Ehegatten lasse sich ebenso durch Auslegung des § 1380 BGB erzielen. Mit der Anordnung in § 1380 Abs.2 BGB, die Zuwendung bei der Berechnung der Ausgleichsforderung dem Zugewinn des zuwendenden Ehegatten hinzuzurechnen, sei zugleich gesagt, daß der Wert der Zuwendung nicht auch beim Endvermögen des Empfängers berücksichtigt werden dürfe. Denn der Wert der Zuwendung könne nicht das Endvermögen sowohl des einen als auch des anderen Ehegatten erhöhen. Die Endvermögen seien so zu berechnen, als wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre. Danach könne der Ausgleichsanspruch errechnet und der Wert der Zuwendung auf ihn angerechnet werden⁽¹¹¹⁾.

In seinem Urteil vom 17.5.1983 hat der BGH außerdem zu der Frage Stellung genommen, ob der zuwendende Ehegatte während eines anhängigen Scheidungsverfahrens schuldrechtliche Ausgleichsansprüche außerhalb des Zugewinnausgleichsverfahrens geltend machen kann⁽¹¹²⁾. Aus der Überlagerung der durch den gemeinsamen Erwerb des Familienheims entstehenden Miteigentumsgemeinschaft durch die eheliche Lebensgemeinschaft fol-

(110)BGHZ 82,227(234); BGH, FamRZ 1982,778(779)

(111)BGHZ 82,227(234 ff.)

(112)vgl. dazu § 3 I 1, FN.27;

BGH, FamRZ 1983,795(797); BGH, FamRZ 1984,29(30)

gert der BGH, daß der erwerbstätige Ehegatte im Innenverhältnis für die Darlehensschulden allein haftet. Daher sollen schuldrechtliche Ausgleichsansprüche für die finanziellen Mehrleistungen zum Hauserwerb bis zum Scheitern der Ehe ausgeschlossen sein, wobei der BGH auf die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags abstellt. Mit diesem Zeitpunkt nimmt er jedoch eine Änderung der maßgebenden Umstände an. Die eheliche Lebensgemeinschaft als Grund für die Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen sei mit der Erhebung der Scheidungsklage, die das Scheitern der Ehe anzeige, entfallen. Nach der Aufhebung der Lebensgemeinschaft sei im allgemeinen kein Grund mehr für die Ehegatten gegeben, dem Partner eine weitere Vermögensmehrung zukommen zu lassen, so daß eine Ausgleichspflicht bestehe⁽¹¹³⁾.

Diese Rechtsauffassung hat der BGH auch in einem Fall vertreten, in dem die Ehegatten in Gütertrennung lebten. Aufgrund der Überlagerung der Miteigentumsgemeinschaft am Familienheim durch die eheliche Lebensgemeinschaft hat er einen Ausgleich für die Zuwendungen abgelehnt, die vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfolgten. Eine Ausgleichspflicht soll erst nach diesem Zeitpunkt bestehen. Denn aus der Tatsache, daß die Ehegatten in Gütertrennung gelebt hätten, könne nicht der Schluß gezogen werden, bei finanziellen Mehrleistungen eines Ehegatten solle ein Ausgleich in vollem Umfang stattfinden⁽¹¹⁴⁾.

II. Literatur

Die Frage, ob und in welchem Umfang die Ehegattenzuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb auszugleichen sind, ist auch in der Rechtslehre umstritten. Soweit angenommen wird, daß die Zuwendungen auf einem Vertrag beruhen⁽¹¹⁵⁾, wird hinsicht-

(113)BGH, FamRZ 1983,795(796)

(114)BGH, FamRZ 1983,797(799)

(115)vgl. § 3 I 2, FN.36,37

lich der Auseinandersetzung danach unterschieden, in welchem Güterstand die Ehegatten gelebt haben.

Bestand zwischen ihnen Gütertrennung, so ist sich die Literatur heute weitgehend darüber einig, daß mit der Scheidung der Ehegatten ein Ausgleich nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zu erfolgen hat⁽¹¹⁶⁾. Streitig ist nur, in welchem Umfang die Zuwendungen ausgeglichen werden müssen.

Tiedtke will die Zuwendungen vollständig zurückgewähren⁽¹¹⁷⁾. Er hält es für unerträglich, daß ein Ehegatte, dem sonst kein güterrechtlicher Ausgleich zustehe, die ehebezogene Zuwendung in vollem Umfang im Vermögen des Zuwendungsempfängers belassen müsse. Sie habe der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft dienen sollen; einer Gemeinschaft also, die mit dem Scheitern der Ehe nicht mehr bestehe.

Göppinger will dagegen für die Frage, ob die Zuwendungen zurückzugewähren sind, jeweils alle Umstände des Einzelfalls berücksichtigen⁽¹¹⁸⁾. Als Kriterien sollen nach seiner Meinung der Zweck und Anlaß der Zuwendung, die Höhe der Aufwendungen, die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, die Arbeitsleistungen der Frau für die Familie, die Haushaltsführung, die Betreuung, die Versorgung und Erziehung der Kinder, sowie auch das Alter der Ehegatten und die Dauer der Ehe in Betracht kommen. Gleichzeitig räumt Göppin-

(116) Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.522; Henrich, FamRZ 1975,537; ders., § 7 IV 5; Johannsen, WPM 1978,509; Kühne, FamRZ 1968,360; ders., JZ 1976,488; Langenfeld, Rz.347-348; wohl auch Lieb, S.121 f.; Lorenz, JZ 1968,383; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz.690; RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz.86; RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rz.91-92; Staudinger/Lorenz, § 812 Rz.99; Tiedtke, DNotZ 1983,165-166

(117) Tiedtke, DNotZ 1983,168

(118) Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.522; ebenso Langenfeld, Rz.348

ger aber ein, daß die Anwendung der Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage durch die Berücksichtigung dieser zahlreichen Kriterien zu einem Verlust an Rechtssicherheit führt, da die ergehende gerichtliche Entscheidung schwer vorhergesehen werden kann. Aus diesem Grund will er die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Ehegattenzuwendungen auf extreme Ausnahmefälle beschränken⁽¹¹⁹⁾.

Johannsen ist schließlich der Meinung, daß eine Rückgewähr der Zuwendungen nur in Betracht kommt, soweit diese nicht mehr als angemessener Ausgleich für eine Leistung des Ehepartners in der ehelichen Lebensgemeinschaft angesehen werden können⁽¹²⁰⁾.

Ein anderer Teil der Literatur hält indes das Bereicherungsrecht für die Rückabwicklung von Ehegattenzuwendungen für besser geeignet. Der Ausgleich solcher Zuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage wird von den Vertretern dieser Ansicht mit der Begründung abgelehnt, daß es sich dabei um eine "reine Billigkeitslösung" handelt, deren Rechtsfolge nicht vorhersehbar ist⁽¹²¹⁾.

Dem wird entgegengehalten, daß das Bereicherungsrecht schon deshalb nicht zur Anwendung komme, weil kein Bereicherungsanspruch erfüllt sei. Ein Kondiktionsanspruch nach § 812 Abs.1 S.2,2.Alt. BGB scheide aus, da der mit der Zuwendung erstrebte Erfolg, ein Familienheim zu schaffen, mit der Errichtung oder dem Erwerb schon eingetreten sei⁽¹²²⁾. Auch ein Anspruch nach § 812 Abs.1 S.2,1.Alt. BGB bestehe nicht, da die Ehe bzw. die eheliche Lebensgemeinschaft als solche

(119) Göppinger, aaO., Rz.522; ähnlich Henrich, § 7 IV 5

(120) Johannsen, WPM 1978, 509

(121) Finger, S.122-123; Joost, JZ 1985, 12 ff., 18

(122) RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz.84; Schlechtriem, JZ 1984, 515

nicht Rechtsgrund sei⁽¹²³⁾ und die familienrechtliche causa trotz der Eheauflösung noch vorliege⁽¹²⁴⁾.

Umstritten ist auch die Frage, wie der Ausgleich von ehebezogenen Zuwendungen durchzuführen ist, wenn die Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft leben. So wird von einem Teil der Rechtslehre der Lösungsansatz des BGH vom Vorrang der güterrechtlichen Regelung vor schuldrechtlichen Ausgleichsansprüchen abgelehnt⁽¹²⁵⁾. Es wird eingewandt, der schuldrechtliche Ausgleich und der Zugewinnausgleich würden sonst in unzulässiger Weise verbunden. Die Rechtsprechung des BGH führe dazu, daß nur ein Wertausgleich für die Zuwendung in Betracht komme. Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche ermöglichen aber auch die gegenständliche Rückabwicklung. Deshalb seien die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage neben den §§ 1372 ff. BGB anwendbar⁽¹²⁶⁾. Diese Ansprüche gehörten zum Vermögen der Ehegatten und ihre Berücksichtigung sei der Berechnung der Ausgleichsforderung vorgeordnet. Soweit ein Ehegatte von diesen Rechten Gebrauch mache, entfalle die Anrechnung nach §§ 1374 Abs.2, 1380 BGB. Eine Verknüpfung erfolge erst im Wege der Verrechnung der einzelnen Forderungen und Gegenforderungen beim Zugewinnausgleich⁽¹²⁷⁾.

Auch Kühne hält den Ansatz vom Vorrang der güterrechtlichen

(123) Erman/Westermann, § 812 Rz.49; Deubner, FamRZ 1968, 351-352; Hülseger, S.162-163; Kühne, FamRZ 1968, 357 f.; ders., JZ 1976,488; Lieb, S.118 f.; Lorenz, JZ 1968,382 f.; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,946; Rolland, § 1356 Rz.38

(124) Hülseger, S.161-162

(125) Erman/Westermann, § 812 Rz.49; Erman/Heckelmann, § 1363 Rz.4; Kühne, JZ 1976,488; ders., JR 1977,23; ders., FamRZ 1978,221 f.; ders., JR 1982,237-238; wohl auch MK/Gernhuber, Vorbem.20 ff. zu § 1363; Soergel/Lange, §§ 1372 Rz.7,1380 Rz.6

(126) Erman/Westermann, § 812 Rz.49; Erman/Heckelmann, § 1363 Rz.4

(127) Erman/Heckelmann, § 1363 Rz.4; MK/Gernhuber, Vorbem. 17 ff. zu § 1363; Soergel/Lange, § 1380 Rz.6

Ausgleichsregelung dogmatisch für nicht haltbar⁽¹²⁸⁾. Neben den Zugewinnausgleichsregeln sollen nach seiner Meinung die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage anwendbar sein. Soweit allerdings der Wert der Zuwendung nicht den Betrag übersteigt, den der Empfänger ohne sie als Zugewinnausgleichsanspruch hätte geltend machen können, stimmt Kühne dem BGH im Ergebnis zu. Eine Rückgewähr der Zuwendung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage könne dann nicht verlangt werden, denn sonst gelange die Zuwendung wieder in das Vermögen des zuwendenden Ehegatten. Es entstehe ein entsprechend erhöhter Zugewinnausgleichsanspruch, so daß die Zuwendung wertmäßig wieder zurückgewährt werden müsse. In solchen Fällen fehle es an einer der Voraussetzungen für die Anwendung der Regeln über den Wegfall der Geschäftsgrundlage. Denn die Aufrechterhaltung der veränderten Verhältnisse müsse dem zuwendenden Ehegatten unzumutbar sein⁽¹²⁹⁾.

Demgegenüber stimmt die Rechtslehre heute überwiegend der BGH-Rechtsprechung zu, daß die güterrechtliche Regelung nach §§ 1372 ff. BGB für den Ausgleich der Zuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb vorrangig ist⁽¹³⁰⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, die güterrechtliche Lösung gehe davon aus, daß das Vermögen der Ehegatten getrennt sei und erst nach Beendigung des Güterstandes ein Ausgleich stattfinde. Zu den Zielen des gesetzlichen Güterstandes gehöre es, bei der Ver-

(128)Kühne, JZ 1976,488; ders., FamRZ 1978,222; ders., JR 1982,238

(129)Kühne, JZ 1976,488; ders., FamRZ 1978,222

(130)Beitzke, § 14 III 2; Bosch, Festschrift für Beitzke, S.138; ders., FamRZ 1982,249; Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.519 a ff.; Henrich, § 7 IV 5; Hülshager, S.142 ff.; Holzhauer, Familienrecht, S.116 ff.; ders., JuS 1983,834 ff.; grds. auch Johannsen, WPM 1978,656 ff.; Langenfeld, Rz.296 f. und 318 f.; Palandt/Diederichsen, Einf. I 4 a bb vor § 1363, § 1372 Anm.1; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,946 ff.; RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rz.93; Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts, Rz.797; ders., Familienrecht, Rz.243; ders., FamRZ 1984,526 ff.

mögensauseinandersetzung im Interesse der Rechtsklarheit den Streit darüber auszuschließen, ob und in welchem Maß ein Ehegatte an dem Vermögenserwerb des anderen wirtschaftlich beteiligt gewesen sei. Die während der Ehe untereinander gemachten Zuwendungen müßten deshalb im Rahmen des Zugewinnausgleichs nach §§ 1372 ff. BGB ausgeglichen werden⁽¹³¹⁾. Schuldrechtliche Ausgleichsansprüche seien daneben grundsätzlich nicht anwendbar. Auch die sonst in Betracht kommenden Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage würden durch die güterrechtliche Regelung verdrängt. Dieser aus § 242 BGB hergeleitete Anspruch könne nur dann ausnahmsweise eingreifen, wenn der Sachverhalt nicht vom Gesetz erfaßt und einer angemessenen Lösung zugeführt werde⁽¹³²⁾. Nach Ansicht von Holzhauser ist außerdem aus Gründen der Prozeßökonomie vom Vorrang der güterrechtlichen Regelung auszugehen. Der schuldrechtliche Ausgleichsanspruch sei nämlich vor dem allgemeinen Prozeßgericht zu verfolgen. Das bewirke eine Verdoppelung des Verfahrens und unter Umständen eine Verzögerung des familiengerichtlichen Verfahrens, denn das Familiengericht könne über den Zugewinnausgleich erst entscheiden, wenn die Höhe der schuldrechtlichen Rückforderung feststehe⁽¹³³⁾.

Geht die herrschende Rechtslehre noch gemeinsam von dem Vorrang des güterrechtlichen Ausgleichs aus, so ist doch im einzelnen streitig, ob und inwieweit von diesem Grundsatz Ausnahmen zu machen sind. Es werden insoweit zwei Grundpositionen vertreten:

Nach einer früher verbreiteten Ansicht werden durch die güterrechtliche Regelung nur solche Ehegattenzuwendungen zum gemeinsamen Hauserwerb erfaßt, deren Wert nicht den Betrag übersteigt, der dem Empfänger ohne die Zuwendung zustehen

(131) Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.519 a; Palandt/Diederichsen, Einf. I 4 a bb vor § 1363, § 1372 Anm.1; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982, 946 ff.

(132) Langenfeld, Rz.320; so auch Johannsen, WPM 1978, 656

(133) Holzhauser, Familienrecht, S.117; ders., JuS 1983, 834

würde⁽¹³⁴⁾. Die Vertreter dieser Meinung wollen zur Neutralisierung der Zuwendung auf Seiten des Empfängers den Wert der Zuwendung nach § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzurechnen⁽¹³⁵⁾. Sonst stehe sich der Zuwendungsempfänger infolge der Anrechnungsbestimmung nach § 1380 Abs.1 und 2 BGB schlechter als es der Fall wäre, wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre und der Gegenstand sich noch im Vermögen des Zuwendenden befinden würde⁽¹³⁶⁾. Übersteige die Zuwendung jedoch den sonst entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch, so führe die Anrechnung im Rahmen der §§ 1372 ff. BGB nicht zu einem vollen Ausgleich der Zuwendung. Denn § 1380 BGB ordne nicht nur die Anrechnung von ehebezogenen Zuwendungen an, sondern schließe darüber hinaus bei zu hohen Vorausleistungen einen Zugewinnausgleichsanspruch des Zuwendenden aus⁽¹³⁷⁾. In solchen Fällen bedürfe es der Anwendung schuldrechtlicher Ausgleichsansprüche.

Nach neuerer Meinung soll die güterrechtliche Regelung aber auch dann vorrangig sein, wenn die Zuwendung den sonst entstehenden Zugewinnausgleichsanspruch übersteigt⁽¹³⁸⁾. Die Begründungen der Rechtslehre entsprechen insoweit denen des Bundesgerichtshofs. Der Zuwendungsempfänger soll also zu einer Ausgleichszahlung nach § 1378 BGB verpflichtet sein,

(134)Hülsheger, S.152; Johannsen, WPM 1978,663-664;
wohl auch Staudinger/Thiele, § 1380 Rz.24

(135)Hülsheger, S.120,149 f.; Johannsen, WPM 1978,664; Lieb, S.126 f.;
so auch: Henrich, FamRZ 1975,537; MK/Gernhuber, § 1374 Rz.21, § 1380 Rz.14; von Olshausen, FamRZ 1978,756 und 758; RGRK/Finke, § 1380 Rz.10; Soergel/Lange, § 1374 Rz.14; Staudinger/Thiele, § 1374 Rz.28, § 1380 Rz.24

(136)Johannsen, WPM 1978,664; ähnlich Lieb, S.126 ff.

(137)Kühne, JR 1982,238; Lieb, S.126 ff.; MK/Gernhuber, § 1380 Rz.2

(138)Göppinger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, Rz.519 a ff.; Holzhauer, Familienrecht, S.116 ff.; ders., JuS 1983,834 ff.; Langenfeld, Rz.320 ff.; Palandt/Diederichsen, Einf.4 a bb vor § 1363, § 1372 Anm.1; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,947 ff.,952-953; Schwab, FamRZ 1984,526 ff.; Tiedtke, DNotZ 1983, 163-164

wenn er - zum Beispiel durch die Zuwendung - den höheren Zugewinn erzielt hat. Dieser Ansicht soll § 1380 BGB nicht entgegenstehen. Die Vorschrift sage nur etwas über die Fälle aus, in denen der Zuwendungsempfänger auch der Ausgleichsberechtigte sei. Soweit es um die Ausgleichspflicht des Empfängers gehe, sei § 1380 BGB nicht anwendbar⁽¹³⁹⁾. Auch § 1374 Abs.2 BGB schließe diese Ansicht nicht aus, da die Bestimmung auf Ehegattenzuwendungen nicht anwendbar sei⁽¹⁴⁰⁾. Zwar müsse die Zuwendung in den Fällen, in denen sie nach § 1380 Abs.1 und 2 BGB angerechnet werde, auch beim Zuwendungsempfänger neutralisiert werden, um eine Benachteiligung dieses Ehegatten zu vermeiden. Dafür bedürfe es aber nicht der Hinzurechnung der Zuwendung zu dessen Anfangsvermögen nach § 1374 Abs.2 BGB, sondern der Wert der Zuwendung sei vom Endvermögen des Empfängers abzuziehen⁽¹⁴¹⁾.

Die Vertreter dieser Meinung sind sich bewußt, daß im Rahmen der §§ 1372 ff. BGB nicht jede Ehegattenzuwendung mit ausgeglichen wird. Trotzdem wird überwiegend davon ausgegangen, daß die güterrechtliche Regelung den schuldrechtlichen Ausgleich stets und in vollem Umfang verdrängt. Dieser Vorrang soll sogar dann gelten, wenn der zuwendende Ehegatte die Zuwendung wertmäßig nicht zurückerhält, weil sie sich nicht mehr im Endvermögen des Empfängers befindet⁽¹⁴²⁾. Durch die Zuwendung an seinen Ehepartner habe der Zuwendende zum Ausdruck gebracht, daß die Zuwendung dem güterrechtlichen Ausgleich unterliegen solle. Er könne sich auf die starren und schematischen Regeln des Zugewinnausgleichs einstellen und sie bei der Zuwendung berücksichtigen. Führe die güterrechtliche Auseinandersetzung im Einzelfall nicht zu einem voll-

(139) Göppinger, aaO., Rz.518 a; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982, 947; Schwab, FamRZ 1984,528

(140) Göppinger, aaO., Rz.502 a; Holzhauer, Familienrecht, S.118; ders., JuS 1983,835; Langenfeld, Rz.305; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,948 ff., 950-951; Tiedtke, DNotZ 1983,163

(141) Gernhuber, § 36 VII 2; im Ergebnis auch Holzhauer, Familienrecht, S.118; Langenfeld, Rz.303-304; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,950 f.; Schwab, FamRZ 1984,526

(142) Langenfeld, Rz.320,324; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982, 952-953; Tiedtke, DNotZ 1983,163-165

ständigen Ausgleich der Ehegattenzuwendungen, so müsse der Zuwendende das hinnehmen⁽¹⁴³⁾. Für diesen Standpunkt sprechen auch die Grundsätze der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit, auf die gerade im Ehegüterrecht erhöhter Wert gelegt werden müsse⁽¹⁴⁴⁾. Damit sei es nicht vereinbar, wenn der güterrechtliche Ausgleich in besonderen Fällen aus Billigkeitsgründen abgeändert werden könne⁽¹⁴⁵⁾.

Dagegen soll nach Meinung von Göppinger in den Fällen, in denen der zuwendende Ehegatte den Wert der Zuwendung nach den güterrechtlichen Regeln nicht zurückerhält, eine Ausnahme möglich sein. Er will nach den Umständen des Einzelfalls entscheiden. Eine Korrektur soll nach § 242 BGB zulässig sein, wenn andernfalls ein untragbares, grob ungerechtes Ergebnis entstehen würde⁽¹⁴⁶⁾.

Auch Holzhauer wendet sich gegen die Meinung von der Spezialität des Güterrechts für den Ausgleich von Ehegattenzuwendungen. Zwar schließe die spezialgesetzliche Regelung eine gegenständliche Rückgewähr der Zuwendungen aus. Die Versagung eines Wertausgleichs sei damit aber nicht zu rechtfertigen. Auch die Möglichkeit, daß zur Rückabwicklung der Zuwendungen neben dem Zugewinnausgleichsverfahren vor dem Familiengericht noch ein Verfahren vor dem allgemeinen Prozeßgericht anhängig sei, könne es nicht begründen, daß der Zuwendende die ehebezogene Zuwendung verliere. Holzhauer will daher jenseits der Grenze, bis zu der die Zuwendungen durch die §§ 1372 ff. BGB in vollem Umfang ausgeglichen werden, eine schuldrechtliche Rückforderung zulassen⁽¹⁴⁷⁾.

(143)Langenfeld, Rz.324; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,953

(144)Langenfeld, Rz.324; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,953;
Tiedtke, DNotZ 1983,164

(145)Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,953

(146)Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung,
Rz.520

(147)Holzhauer, JuS 1983,835; ders., Familienrecht, S.119

§ 6 Stellungnahme

I. Gütertrennung

Für Zuwendungen unter Ehegatten, die in Gütertrennung leben, bestehen keine güterrechtlichen Ausgleichsansprüche. Ein Ausgleich nach den allgemeinen schuldrechtlichen Regeln wird dadurch aber nicht ausgeschlossen⁽¹⁴⁸⁾.

1. Ausgleich der Zuwendungen nach § 748 BGB (analog)

Anspruchsgrundlage für den internen Ausgleich zwischen Teilhabern einer Bruchteilsgemeinschaft ist § 748 BGB⁽¹⁴⁹⁾. Nach der Vorschrift sind die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes von den Teilhabern anteilig zu tragen. Ein Teilhaber, der Zahlungen über seinen Anteil hinaus leistet, hat insoweit einen Erstattungsanspruch gegen die anderen Teilhaber.

In den hier zu besprechenden Fällen haben die Ehegatten das Familienheim als Miteigentümer je zur Hälfte erworben. Die sich daraus ergebende anteilige Lastenverteilung wurde jedoch durch die vereinbarte Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen durch den erwerbstätigen Ehegatten abgeändert. Ein Ausgleichsanspruch nach § 748 BGB (analog) ist also ausgeschlossen, solange die Vereinbarung der Ehegatten besteht⁽¹⁵⁰⁾.

2. Rückgewähr der Zuwendungen nach bereicherungsrechtlichen Vorschriften

Es ist die Aufgabe des Bereicherungsrechts, die rechtlich unbegründete Vermehrung fremden Vermögens rückgängig zu

(148)allgemeine Meinung: statt aller Tiedtke, DNotZ 1983,165

(149)Erman/Schulze-Wenck, § 748 Rz.1; Palandt/Thomas, § 748 Anm.1; RGRK/v.Gamm, § 748 Rz.1; Staudinger/Huber, § 748 Rz.1

(150)s. dazu § 6 I 3 c

machen⁽¹⁵¹⁾. Fraglich ist daher, ob das Problem des Ausgleichs der Zins- und Tilgungszahlungen zum Erwerb des Familienheims durch bereicherungsrechtliche Vorschriften gelöst werden kann. In Betracht kommt eine Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 Abs.1 Satz 2,1. und 2.Alternative BGB.

a) Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 Abs.1 Satz 2,
1.Alt. BGB

Bei dem Anspruch aus § 812 I 2,1.Alt. BGB (condictio ob causam finitam) handelt es sich um eine Leistungskondiktion. Die Tatbestandsvoraussetzungen ergeben sich vollständig erst durch den Bezug auf § 812 I 1,1.Alt. BGB. Die condictio ob causam finitam ist daher nur anwendbar, wenn zur Zeit der Leistung ein Rechtsgrund vorlag, der später weggefallen ist⁽¹⁵²⁾.

Diese Voraussetzungen sind in den hier zu besprechenden Fällen nicht erfüllt. Mit der Scheidung der Ehe besteht zwar die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr. Sie war jedoch entgegen der vom BGH früher geäußerten Ansicht nicht Rechtsgrund der Zuwendungen⁽¹⁵³⁾. Die eheliche Lebensgemeinschaft kann Rechtsgrund nur für solche Leistungen sein, zu denen die Ehegatten aufgrund der Ehe gesetzlich verpflichtet sind⁽¹⁵⁴⁾. Eine gesetzliche Verpflichtung des erwerbstätigen Ehegatten zur Zahlung der auf seinen Partner entfallenden Zins- und Tilgungsraten bestand aber weder nach § 1353 I 2 BGB noch aufgrund des Unterhaltsrechts⁽¹⁵⁵⁾.

Rechtsgrund der Zuwendungen war dagegen die Vereinbarung der Ehegatten. Diese Vereinbarung ist aber durch die Scheidung nicht rückwirkend unwirksam geworden, denn sie war nicht

(151)StudK/Beuthien, Anm.I 1 vor § 812

(152)Reuter/Martinek, § 5 II 1; StudK/Beuthien, § 812
Anm.I 5 b

(153)so zu Recht Deubner, FamRZ 1968,351; Hülsheger, S.161;
Kühne, FamRZ 1968,357

(154)Kühne, FamRZ 1968,357

(155)vgl. § 3 II 1,2; Kühne, FamRZ 1968,357

durch den Fortbestand der Ehe auflösend bedingt⁽¹⁵⁶⁾. Die früheren Zuwendungen sind damit nicht automatisch rechtsgrundlos, so daß § 812 I 2,1.Alt. BGB auf die Zins- und Tilgungszuwendungen nicht anwendbar ist.

b) Rückgewähr der Zuwendungen nach § 812 Abs.1 Satz 2, 2.Alt. BGB

Der Bereicherungsanspruch nach § 812 I 2,2.Alt. BGB setzt voraus, daß "der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt". Mit dieser Formulierung wird sein Anwendungsbereich nur unvollkommen beschrieben. Es scheint so, als ließen sich alle Fälle der Nichterfüllung oder sonstiger Leistungsstörungen bereits einseitig erfüllter Schuldverhältnisse einschließlich der Gewährleistungsprobleme darunter fassen⁽¹⁵⁷⁾. Der Bereicherungsanspruch wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs hätte dann einen sehr weiten Anwendungsbereich. Eine solche Auslegung widerspricht aber der Funktion, die diese Kondition ursprünglich hatte. Bei § 812 I 2,2.Alt. BGB handelt es sich um eine der *condictio ob rem* des römischen Rechts nachgebildete Anspruchsgrundlage. Nach römischem Recht führten nicht alle Rechtsgeschäfte zu gerichtlich einklagbaren Ansprüchen. Deshalb konnte jemand in die Lage kommen, im Vertrauen auf eine erwartete Gegenleistung vorgeleistet, aber keinen klagbaren Anspruch auf sie erworben zu haben. blieb die Gegenleistung aus, dann konnte er mit der *condictio ob rem* zumindest seine Leistung zurückverlangen⁽¹⁵⁸⁾.

Dieser Gegensatz zwischen der historischen Herkunft des § 812 I 2,2.Alt. BGB und seiner Formulierung im Bürgerlichen Gesetzbuch hat dazu geführt, daß der Anwendungsbereich heute noch umstritten ist. Einigkeit besteht jedoch insofern, daß

(156) vgl. § 3 II 3 a ff.

(157) Reuter/Martinek, § 5 III 1 a; Söllner, AcP 163,20

(158) Esser/Weyers, § 49 II; Kaser, S.580 ff.; Söllner, AcP 163,23 ff.

der nach dem Wortlaut zu weite Anwendungsbereich eingeschränkt werden muß⁽¹⁵⁹⁾. Vor der Entscheidung, ob diese Vorschrift auf die Rückgewähr der Zins- und Tilgungszuwendungen anwendbar ist, bedarf es daher der Klärung des Anwendungsbereichs des § 812 I 2,2.Alt. BGB.

aa) Anwendungsbereich des § 812 Abs.1 S.2,2.Alt. BGB

aaa) Inhalt des Rechtsgeschäfts

Der Bereicherungsanspruch nach § 812 I 2,2.Alt. BGB setzt zunächst voraus, daß zwischen dem Leistenden und dem Empfänger ein Rechtsgeschäft über den bezweckten Erfolg geschlossen sein muß. Die einseitige Zweckbestimmung des Leistenden ist also nicht ausreichend. Andererseits darf der bezweckte Erfolg auch nicht Inhalt eines Vertrags beider Parteien geworden sein⁽¹⁶⁰⁾. Sonst wäre das bezweckte Verhalten des Empfängers - soweit keine Leistungsstörung vorliegt - mit einer Erfüllungsklage durchsetzbar. Die Abwicklung müßte in solchen Fällen nach vertraglichen Grundsätzen oder nach § 812 I 1,1.Alt. BGB erfolgen. § 812 I 2,2.Alt. BGB wäre dann nicht anwendbar⁽¹⁶¹⁾.

Bei dem Rechtsgeschäft im Sinn des § 812 I 2,2.Alt. BGB handelt es sich also um eine zwischen einseitiger Zweckbestimmung und vertraglicher Verpflichtung angesiedelte Rechtsgrundabrede⁽¹⁶²⁾. Die Parteien dieser Abrede müssen sich

(159) statt aller Söllner, AcP 163, 20 ff.

(160) BGHZ 44, 321 (323);
Erman/Westermann, § 812 Rz. 51; MK/Lieb, § 812 Rz. 162;
Lieb, S. 112; Reuter/Martinek, § 5 III 1 b;
RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz. 89

(161) RG, JW 1933, 1251; RGZ 166, 65 (71); BGHZ 44, 321 (323);
BGHZ 48, 70 (75); BGH, NJW 1968, 245 (246); BGH, WPM 1968,
776 (777); BGH, WPM 1971, 276; BGH, WPM 1972, 888 (889);
RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz. 89; Söllner, AcP 163,
42 ff.

(162) MK/Lieb, § 812 Rz. 164; Reuter/Martinek, § 5 III 1 b

über den Zweck der Leistung verständigt haben. Dafür ist eine tatsächliche Willenseinigung zwischen ihnen ausreichend⁽¹⁶³⁾. Der Empfänger muß den Zweck der Leistung erkannt und durch die Annahme zu verstehen gegeben haben, daß er die Zweckbestimmung billigt⁽¹⁶⁴⁾.

bbb) "Bezweckter Erfolg" im Sinn des § 812 Abs.1 S.2,
2.Alt. BGB

Inhalt des so verstandenen Rechtsgeschäfts hat gerade der mit der Leistung bezweckte Erfolg zu sein. Da dieses Rechtsgeschäft nicht gleichbedeutend mit einer verbindlichen Vereinbarung zwischen Leistendem und Empfänger ist, muß der bezweckte Erfolg ein anderer sein als die Erfüllung oder die Begründung einer Verbindlichkeit⁽¹⁶⁵⁾. Denkbar sind zwei Gestaltungen. Der mit der Leistung bezweckte Erfolg könnte einerseits alleinige Grundlage der Leistung sein oder auch ergänzend neben einer Leistungspflicht aus einem verbindlichen Rechtsgeschäft stehen⁽¹⁶⁶⁾.

In Betracht kommt hier nur die zweite Möglichkeit, denn die Zins- und Tilgungszahlungen wurden aufgrund einer verbindlichen Vereinbarung der Ehegatten geleistet⁽¹⁶⁷⁾. Zu klären ist deshalb, ob mit der Formulierung "bezweckter Erfolg" in § 812 I 2, 2.Alt. BGB tatsächlich ein über die Erfüllung einer Verbindlichkeit hinausgehender, selbständiger

(163) BGHZ 44, 321 (323);

Brox, Bes. Schuldrecht, Rz. 400; Larenz, SchuldR. II, § 69 II; RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz. 90

(164) BGHZ 44, 321 (323);

Brox, Bes. Schuldrecht, Rz. 400; RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz. 90

(165) Brox, Bes. Schuldrecht, Rz. 400; Medicus, SchuldR. II, § 126 IV 1; Larenz, SchuldR. II, § 69 II

(166) Fikentscher, § 99 III 2 b

(167) vgl. § 3 II 3 a) aa) ff.

Zweck gemeint sein kann (sog. Zweckstaffelungstheorie)⁽¹⁶⁸⁾.

Zweifelhaft ist zunächst, ob eine solche Zweckstaffelung bei verbindlichen Rechtsgeschäften überhaupt vorkommen wird. Zweckstaffelung bedeutet, daß aus einem Schuldverhältnis, das einheitlich möglich ist, zwei ineinandergeschachtelte Rechtsgeschäfte werden. Neben dem Vertrag steht dann ein Rechtsgeschäft über einen weiteren Zweck, der mit dem Vertrag zwar zusammenhängen, in seiner weiteren Entwicklung aber selbständig zu beurteilen sein soll⁽¹⁶⁹⁾. Fraglich bleibt, warum Parteien, die einen Vertrag abschließen, gleichzeitig einen weiteren, damit eng verbundenen Zweck in einem zweiten Rechtsgeschäft regeln sollten. Wesentlich naheliegender ist es, anzunehmen, daß in solchen Fällen der Zweck entweder als Motiv oder als Geschäftsgrundlage nur im Vorfeld der Willenserklärungen bleibt oder zum Inhalt des Vertrags wird⁽¹⁷⁰⁾.

Es spricht aber entscheidend gegen die Zweckstaffelungstheorie, daß durch den Vertrag und dessen Erfüllung ein

(168)Vertreter der Zweckstaffelung:

RGZ 66,132(133-134); RGZ 106,93(98); RGZ 132, 238(240 ff.); BGH, MDR 1952,33(34); BGHZ 44,321(323); BGH, WPM 1966,1062(1063); BGH, WPM 1969,1350(1351 f.); BGH, NJW 1973,612(613); Ehmann, NJW 1973,1035 ff.; Enneccerus/Lehmann, § 224 I 2; Erman/Westermann, § 812 Rz.51; Fikentscher, § 99 III 2 b; Liebs, JZ 1978,697 ff.; Locher, AcP 121, 1 ff.,48 ff.; Palandt/Thomas, § 812 Anm.6 A d bb; Rothoef, AcP 163,215 ff.(225);

a.A.:

Batsch, NJW 1973,1640; Brox, Besond. Schuldrecht, Rz.400; v.Caemmerer, FS f. Rabel I, S.346 f.; Hepting, § 30 III; Esser/Weyers, § 49 II; Huber, JuS 1972, 57 ff.; Koppensteiner/Kramer, S.70 ff.; Larenz, Schuldr. II, § 69 II; Medicus, Schuldr. II, § 126 IV 1; MK/Lieb, § 812 Rz.165 f.; Reuter/Martinek, § 5 III 2 a; Scheyhing, AcP 157,378; Staudinger/Lorenz, § 812 Rz.105; Söllner, AcP 163,20 ff.,45; Wieling, JuS 1978, 802; Zeiss, JZ 1963,7 FN.9; ders., NJW 1963,210

(169)Reuter/Martinek, § 5 III 2 b

(170)Batsch, NJW 1973,1640; ähnlich auch Söllner AcP 163, 43 f.

Rechtsgrund vorliegt, der im Fall des weiteren bezweckten Erfolgs nicht übergangen werden kann⁽¹⁷¹⁾. Das Nichterreichen dieses Erfolgs kann dann nur mit anderen Mitteln wie zum Beispiel mit den Gewährleistungsrechten, mit der Irrtumsanfechtung oder mit den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage geltend gemacht werden⁽¹⁷²⁾.

Darüberhinaus wäre die Annahme einer Kondiktion nach § 812 I 2,2.Alt. BGB in den Fällen der Zweckstaffelung systemwidrig. Nach § 812 I 1,1.Alt. BGB und § 812 I 2,1.Alt. BGB rechtfertigt es das der Leistung zugrundeliegende verbindliche Rechtsgeschäft, daß die Leistung behalten werden darf. Folgt man jedoch der Zweckstaffelungstheorie zu § 812 I 2,2.Alt. BGB, dann rechtfertigt das Kausalgeschäft im Fall des Nichteintritts des weiteren Zwecks das "Behaltendürfen" der Leistung gerade nicht, obwohl das Kausalverhältnis von der Zweckverfehlung unberührt bleibt. Das System der Einzelkondiktionen des § 812 BGB wird also in sich widersprüchlich, sobald man der Zweckstaffelungstheorie zu § 812 I 2,2.Alt. BGB folgt⁽¹⁷³⁾. Für die Kondiktion nach § 812 I 2,2.Alt. BGB ist deshalb nur Raum, wenn die Leistung nicht zur Erfüllung eines Vertrags vorgenommen wird und der Leistende damit ein nicht geschuldetes Verhalten bezweckt⁽¹⁷⁴⁾.

bb) Folgerungen für die Rückgewähr der Zuwendungen

Geht man von einem so verstandenen Anwendungsbereich des § 812 I 2,2.Alt. BGB aus, dann scheidet ein Anspruch auf Rückgewähr der Zins- und Tilgungszahlungen nach dieser Vorschrift aus. Der zum Vertragsinhalt gehörende Zweck der Zuwendungen war es, den haushaltsführenden Ehegatten für seine

(171)MK/Lieb, § 812 Rz.167

(172)Medicus, Schuldrecht II, § 126 IV 1

(173)so zu Recht Reuter/Martinek, § 5 III 2 c

(174)Brox, Bes. Schuldrecht, Rz.400; Hepting, § 30 III; Larenz, Schuldrecht II, § 69 II; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz.692; RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz.100

Tätigkeit an dem Vermögenszuwachs während der Ehe zu beteiligen⁽¹⁷⁵⁾. Dieser Leistungszweck ist mit den Zins- und Tilgungszuwendungen eingetreten, so daß ein Rechtsgrund vorliegt. Weitere Zwecke können daher nicht zur Anwendung des § 812 I 2, 2. Alt. BGB führen, sondern können nur mit vertraglichen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden⁽¹⁷⁶⁾.

Würde man allerdings der Zweckstaffelungstheorie folgen, so wäre ein Kondiktionsanspruch nach § 812 I 2, 2. Alt. BGB trotzdem nicht gegeben. Neben dem Zweck, den haushaltsführenden Ehegatten an dem Vermögenszuwachs zu beteiligen, kann der weitere Zweck nur in der Schaffung des Familienwohnheims bestehen. Dieser Zweck ist schon mit dem Erwerb des Eigenheims eingetreten⁽¹⁷⁷⁾. Als weiterer "angestaffelter" Zweck kann jedoch nicht der Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft bzw. das Zusammenwirken der Ehegatten während ihrer Ehe angesehen werden. Im Normalfall gehen die Ehegatten vom Fortbestand der Ehe und damit von ihrem Zusammenwirken als etwas Selbstverständlichem aus. Ehegatten, die in intakter Ehe leben, machen ihren Partnern die Zuwendungen nicht, weil sie den Fortbestand der Ehe bezwecken, sondern weil sie auf deren Fortbestand vertrauen⁽¹⁷⁸⁾. Diese Erwartung ist dann entweder rechtlich unerhebliches Motiv⁽¹⁷⁹⁾ oder Geschäftsgrundlage der der Zuwendung zugrundeliegenden Vereinbarung. Der Bereicherungsanspruch nach § 812 I 2, 2. Alt. BGB kann daher für den Ausgleich der Zins- und Tilgungszuwendungen zwischen den Ehegatten nicht herangezogen werden.

c) Eignung des Bereicherungsrechts für den Ausgleich ehebezogener Zuwendungen

Eine weitere Frage ist es, ob das Bereicherungsrecht über-

(175) vgl. § 3 II 3 a) ff.

(176) vgl. § 6 I 2 b) aa) bbb)

(177) so zu Recht BGHZ 84, 361 (363); Schlechtriem, JZ 1984, 515

(178) Henrich, FamRZ 1975, 537; Johannsen, WPM 1978, 509;

ähnlich Kühne, FamRZ 1968, 358; Lieb, S. 121

(179) vgl. Canaris, BB 1967, 168

haupt geeignet ist, einen sachgerechten Ausgleich für ehebezogene Zuwendungen herbeizuführen.

Vorteil eines Bereicherungsausgleichs gegenüber dem außerdem in Betracht kommenden Ausgleich nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist es, daß die Bereicherungstatbestände und -rechtsfolgen gesetzlich geregelt sind⁽¹⁸⁰⁾. Trotzdem erweist sich das Bereicherungsrecht als ungeeignet für den Ausgleich von Ehegattenzuwendungen⁽¹⁸¹⁾. Seine Aufgabe ist es, eine rechtlich unbegründete Vermehrung fremden Vermögens rückgängig zu machen⁽¹⁸²⁾. Es sollen die Vorteile, die sich ohne rechtfertigenden Grund in dem Vermögen des Bereicherten befinden, von demjenigen beansprucht werden können, dem sie zustehen. In solchen Fällen ist es gerechtfertigt, die Vorteile in voller Höhe zurückzugewähren.

Anders verhält es sich allerdings bei ehebezogenen Zuwendungen. Die starre Rechtsfolge des Bereicherungsrechts wird den Vermögensbeziehungen zwischen Ehegatten sowie den Absichten, die mit den Zuwendungen verfolgt werden, nicht gerecht⁽¹⁸³⁾. Zwar enthält auch das Bereicherungsrecht mit dem Kriterium der "Zweckverfehlung", das nach der neueren Bereicherungsrechtslehre über das Bestehen des Rechtsgrundes für die Leistung entscheiden soll, eine "den Parteiwillen zum Maßstab nehmende Wertung für die Rückabwicklung" von Zuwendungen⁽¹⁸⁴⁾. Dies ist jedoch allein nicht ausreichend. Die starre Rechtsfolge - entweder Rückgabe der Leistungen oder Ausschluß der Rückgabe - wird dadurch nicht beeinflusst. Wenn die Voraussetzungen eines Bereicherungstatbestandes erfüllt sind, dann müssen die Zuwendungen vollständig zurückgewährt werden. Eine Anpassung an die individuellen Verhältnisse der

(180)Joost, JZ 1985,12

(181)a.A.: Joost, JZ 1985,12 ff.

(182)Larenz, Schuldrecht II, § 68; Palandt/Thomas, Einf.1 vor § 812; StudK/Beuthien, Anm.I 1 vor § 812

(183)dazu ausführlich Hülsheger, S.162 ff.

(184)so zu Recht Joost, JZ 1985,16 ff.,18

jeweiligen Ehe ist also nicht möglich. So würden zum Beispiel bei dem Erwerb des Familienheims die Leistungen des haushaltsführenden Ehegatten keine Berücksichtigung finden, obwohl auch dieser Ehegatte durch seine Tätigkeit zur Vermögensbildung während der Ehe beigetragen hat. Deshalb wird heute zu Recht angenommen, daß das Bereicherungsrecht nicht das geeignete Korrektiv für den Ausgleich ehebezogener Zuwendungen ist⁽¹⁸⁵⁾.

3. Ausgleich der Zuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage

Zu unangemessenen Ergebnissen kann es ebenfalls kommen, wenn die Ehegattenzuwendungen nicht ausgeglichen werden. Grundtendenz in Rechtsprechung und Rechtslehre ist es daher, den Ausgleich der Zuwendungen bei Ehegatten, die in Gütertrennung leben, nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage durchzuführen⁽¹⁸⁶⁾. Fraglich ist, ob diese Regeln auch auf die Rückgewähr der Zuwendungen zum gemeinsamen Erwerb des Familienheims Anwendung finden können.

a) Geschäftsgrundlage der Ehegattenvereinbarung

Das Rechtsinstitut des Wegfalls der Geschäftsgrundlage ist zwar im Bürgerlichen Recht nicht geregelt⁽¹⁸⁷⁾. Seine Notwendigkeit ist aber heute anerkannt⁽¹⁸⁸⁾. Die Lehre von der Geschäftsgrundlage beruht darauf, daß jeder Vertrag von den Beteiligten unter der Voraussetzung des Vorliegens oder des

(185) Erman/Westermann, § 812 Rz.57; Hülsheger, S.162 ff.; Lorenz, JZ 1968,383; RGRK/Heimann-Trosien, § 812 Rz.84,86; Staudinger/Lorenz, § 812 Rz.99

(186) s. § 5 I,II

(187) anders z.B. im Öffentlichen Recht (s. § 60 VwVfG)

(188) Erman/Sirp, § 242 Rz.166 ff.; Haarmann, S.1 ff.; Köhler, JA 1979,489 ff.; ders., Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage..; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung; ders., BGB-AT, § 20 III; ders., Schuldrecht I, § 21 II;
a.A. noch: Flume, Festschr. des Deutschen Juristentages I, S.207 ff.

Fortbestands bestimmter rechtlicher oder wirtschaftlicher Verhältnisse abgeschlossen wird, ohne die der ihm zugedachte Zweck nicht erfüllt wird oder die Absichten nicht verwirklicht werden⁽¹⁸⁹⁾. Fehlen oder ändern sich diese nicht zum Vertragsinhalt gewordenen Verhältnisse, so ist ein unveränderter Vollzug des Rechtsgeschäfts nicht mehr sinnvoll. In manchen Fällen ist der Konflikt zwischen Rechtsgeschäft und Wirklichkeit weder durch gesetzliche Bestimmungen noch durch ergänzende Vertragsauslegung zu lösen, weil der Vertrag zum Beispiel keine ergänzungsfähige Störungsregelung enthält. Aufgabe des Rechtsinstituts "Wegfall der Geschäftsgrundlage" ist es dann, diese Lücken durch Vertragsänderung zu schließen⁽¹⁹⁰⁾. Einer solchen Vertragskorrektur steht zwar der Grundsatz der Vertragstreue entgegen, aber auch dieses Prinzip gilt nicht uneingeschränkt. Tritt eine Änderung der bestimmenden Verhältnisse des Rechtsgeschäfts ein, so kann es mit Treu und Glauben nicht zu vereinbaren sein, den dadurch erheblich benachteiligten Teil unverändert an dem unter ganz anderen Verhältnissen geschlossenen Vertrag festzuhalten⁽¹⁹¹⁾.

Im Fall des gemeinsamen Erwerbs des Familienheims könnte es mit § 242 BGB unvereinbar sein, den allein erwerbstätigen Ehegatten nach dem Scheitern der Ehe oder deren Scheidung an der während des Bestehens der Ehe vereinbarten Übernahme der Zins- und Tilgungszahlungen festzuhalten. Dann müßte der Fortbestand der Ehe zur Geschäftsgrundlage ihrer Vereinbarung geworden sein. Die Entscheidung der Frage ist davon abhängig, welche Voraussetzungen an eine Geschäftsgrundlage zu stellen sind.

Die Rechtsprechung und Rechtslehre haben sich bisher auf eine einheitliche Bestimmung des Begriffs der Geschäfts-

(189)Erman/Sirp, § 242 Rz.166; Larenz, Schuldrecht I, § 21 II; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.365

(190)Erman/Sirp, § 242 Rz.172; Larenz, BGB-AT, § 20 III; Ulmer, AcP 174,183 f.

(191)Larenz, Schuldrecht I, § 21 II

grundlage noch nicht einigen können⁽¹⁹²⁾. Weitgehend durchgesetzt hat sich aber zu Recht die Ansicht, daß sowohl subjektive als auch objektive Merkmale Grundlage eines Rechtsgeschäfts sein können⁽¹⁹³⁾. Denn die Veränderung der Geschäftsgrundlage kann auf Störungen im Vorstellungsbereich der Geschäftsparteien oder auf objektiven Störungsursachen außerhalb des Machtbereichs der Parteien beruhen. Daher soll im Anschluß an Larenz unter einer Geschäftsgrundlage derjenige Umstand verstanden werden, dessen grundlegende Bedeutung für das Rechtsgeschäft entweder aus den Vorstellungen der Beteiligten oder dem im Geschäftsinhalt zum Ausdruck gekommenen Zweck erkennbar ist und der als sicher bestehend bzw. fortdauernd vorausgesetzt und deshalb nicht als Bedingung zum Geschäftsinhalt wurde. Diesen Umstand müssen die Beteiligten zur Grundlage ihres Geschäfts gemacht haben. Einseitig gebliebene Motive, die für die Willensbildung nur eines Teils bestimmend waren, werden trotz Kenntnisnahme durch den anderen Beteiligten nicht zur Geschäftsgrundlage. Geschäftsgrundlage können also nur diejenigen bestimmenden Umstände eines Rechtsgeschäfts sein, von denen beide Parteien ausgegangen sind⁽¹⁹⁴⁾.

Legt man diese Voraussetzungen zugrunde, so ist hier der Fortbestand der Ehe zur Grundlage der Ehegattenvereinbarung geworden. Zweck des Miteigentumserwerbs und der Zahlungsübernahme war es, den haushaltsführenden Ehegatten an dem

(192) vgl. die Übersichten bei: Haarmann, S.23 ff.; Köhler, JA 1979,489 f.; MK/Roth, § 242 Rz.477 ff.; Ulmer, AcP 174,179 ff.

(193) Blomeyer, Allgem. Schuldrecht, S.139 ff.; Erman/Sirp, § 242 Rz.168; Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm.V 1 c; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S.156 ff., 184 ff.; ders., BGB-AT, § 20 III; ders., Schuldr.I, § 21 II; MK/Roth, § 242 Rz.485 f.; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.6 B a, 6 C; RGRK/Alff, § 242 Rz.53; Wieacker, S.229 ff.; wohl auch Braun, JuS 1979,694

(194) Köhler, JA 1979,500, der sogar verlangt, daß der andere Beteiligte sich die Vorstellung oder die Erwartung so zu eigen gemacht haben muß, daß sein Verlangen, den Vertrag unverändert durchzuführen, ein widersprüchliches Verhalten darstellt;
Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.6 B a

Vermögenserwerb während der Ehe zu beteiligen, da dieser durch seine Tätigkeit den Vermögenszuwachs mit ermöglicht. Dabei haben die Ehegatten auf die Fortdauer der Zusammenarbeit und damit auch der Ehe vertraut. Mit dem Scheitern der Ehe hat sich diese Erwartung nicht erfüllt, so daß ihrer Vereinbarung die Geschäftsgrundlage entzogen ist.

b) Unzumutbarkeit

Die Feststellung, daß der bestimmende Umstand der Ehegattenvereinbarung weggefallen ist, ist allein nicht ausreichend, um eine Änderung oder Aufhebung des Vertrags zu rechtfertigen. Nicht jede Störung des zur Grundlage eines Rechtsgeschäfts gewordenen Umstands ist rechtserheblich⁽¹⁹⁵⁾. Die Grundsätze der Vertragstreue und der Rechtssicherheit fordern, daß Verträge Bestand haben und von den Parteien zu erfüllen sind. Es würde zu einer bedenklichen Störung der Rechts- und Wirtschaftsordnung führen, wenn die Vertragsordnung mit ihrer umfassenden Bedeutung für das Wirtschaftsleben schon bei geringfügigen Veränderungen der rechtlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht eingehalten würde⁽¹⁹⁶⁾. Deshalb ist eine Einschränkung der Grundsätze nur in schwerwiegenden Fällen zuzulassen. Das weitere Festhalten am Vertrag muß der benachteiligten Vertragspartei schlechthin unzumutbar sein. Es muß Treu und Glauben nach § 242 BGB widersprechen und zu untragbaren, mit Recht und Gerechtigkeit unvereinbaren Ergebnissen führen⁽¹⁹⁷⁾.

(195)Johannsen, WPM 1978,509; vgl. Medicus, Bürgerliches Recht, Rz.166; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.371

(196)Erman/Sirp, § 242 Rz.173

(197)RGZ 147,42(56); RGZ 160,257(267); OGHZ 2,202(209); BGH, LM Nr.27 zu § 242(Bb) BGB; BGHZ 2,176(188); BGH, NJW 1951,836(837); BGH, NJW 1958,1772(1773); BGH, WPM 1958,297(299); BGH, WPM 1961,212(215) und 1194(1195); BGH, NJW 1976,565(566); Erman/Sirp, § 242 Rz.173; Haarmann, S.35 ff.; Lehmann, JZ 1952,10

aa) Verteilung des Vertragsrisikos

Entscheidende Bedeutung für die Lösung der Frage, ob ein Festhalten am Vertrag unzumutbar ist, kommt der Verteilung des Vertragsrisikos zu. Fallen die für den Vertrag bestimmenden Umstände in den Risikobereich des durch die Änderung betroffenen Vertragspartners, so ist für den Rückgriff auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage kein Raum⁽¹⁹⁸⁾. Sonst würde die Anwendung dieser Regeln zu einer Verschiebung der im Vertrag liegenden Risikoverteilung führen.

Bei der hier vorliegenden Ehegattenvereinbarung führt die Prüfung der Risikoverteilung allerdings nicht zu dem Ergebnis, daß ein Festhalten am Vertrag für den erwerbstätigen Ehegatten zumutbar ist. Die Zusammenarbeit und damit der Fortbestand der Ehe sind keine Umstände, die zum Risikobereich des verpflichteten Ehegatten gehören. Denn das Funktionieren der ehelichen Lebensgemeinschaft ist nicht vom Verhalten eines, sondern vom Verhalten beider Ehegatten abhängig.

bb) Verschulden

Die Entscheidung der Frage, ob ein Festhalten an der ursprünglichen Vereinbarung unzumutbar ist, könnte ebenfalls davon abhängen, ob das Scheitern der Ehe schuldhaft verursacht wurde.

Aus §§ 242 und 162 BGB folgt der Gedanke, daß niemand aus einem Ereignis, das er treuwidrig oder rechtsmißbräuchlich herbeigeführt hat, günstige Rechtsfolgen für sich herleiten

(198) BGHZ 44,40 ff.; BGH, WPM 1961,505(507); BGH, WPM 1962, 51(53) und 151 ff.; BGH, NJW 1976,565(566); BGH, NJW 1978,2390(2391)

Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.6 B d

kann⁽¹⁹⁹⁾. Deshalb wird zum Beispiel bei Schuldverhältnissen zu Recht angenommen, daß derjenige Vertragsteil, der den Wegfall der Geschäftsgrundlage schuldhaft herbeigeführt hat, sich nicht auf die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen kann⁽²⁰⁰⁾. Fraglich ist, ob einem Verhalten, das zum Scheitern der Ehe führt, die gleiche Bedeutung bei der Rückabwicklung ehebezogener Zuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage zukommt.

Das Reichsgericht und ihm folgend ein Teil der Rechtslehre wollen die Rückforderung der Zuwendung unter Berufung auf den Rechtsgedanken des § 162 BGB versagen, wenn der zuwendende Ehegatte die Scheidung der Ehe schuldhaft verursacht hat⁽²⁰¹⁾.

Dagegen ist es nach Ansicht des Bundesgerichtshofs sowie einer im Vordringen begriffenen Meinung in der Literatur unerheblich, ob Eheverfehlungen zu der Scheidung geführt haben⁽²⁰²⁾, weil das Gesetz selbst bei einem schuldig geschiedenen Ehegatten⁽²⁰³⁾ nicht allgemein eine Schlechterstellung durch Aberkennung von Ansprüchen kenne. So wirke sich beispielsweise beim gesetzlichen Güterstand der Schulausspruch im Ehescheidungsurteil auf eine Ausgleichsforderung des schuldigen Ehegatten nicht ohne weiteres nachteilig aus,

(199) Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.1 a,b; RGRK/Alff, § 242 Rz.89 ff.; RGRK/Steffen, § 162 Rz.10; StudK/Lüderitz, § 242 Anm.III 4 a

(200) RGZ 103,3(5); BGH, LM Nr.18 zu § 242(Bb) BGB; BGH, LM Nr.61 zu § 242(Bb) BGB; Haarmann, S.63; Erman/Sirp, § 242 Rz.175; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.411; a.A.: BGH, WPM 1961,580(581); abwägend BGH, WPM 1961, 1194(1196-1197)

(201) RG, JW 1936,987-988; RG, HRR 1937,1217; Deubner, FamRZ 1968,352 ff.; Kühne, FamRZ 1968,361; ders., FamRZ 1969, 374; RGRK/Steffen, § 162 Rz.10; Soergel/Knopp, § 162 Rz.13

(202) BGH, FamRZ 1966,560(561 f.); BGH, FamRZ 1968,23(24); BGH, NJW 1972,580; bestätigt durch BGH, WPM 1974, 1024(1025); LG Bonn, FamRZ 1980,359(361); Hülsheger, S.179 ff.; Johannsen, WPM 1978,509; Lang, Anm. zu BGH, LM Nr.102 zu § 242(Bb) BGB; Lieb, S.125 FN.80; MK/Roth, § 242 Rz.636

(203) bis zum Inkrafttreten des 1.EheRG am 1.Juli 1977 galt das Schuldprinzip

sondern nur dann, wenn der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falls grob unbillig im Sinn des § 1381 BGB sei⁽²⁰⁴⁾.

Der zweiten Meinung ist im Ergebnis zuzustimmen. Dem Ehe-recht ist zu entnehmen, daß das Verschulden eines Ehegatten am Scheitern der Ehe grundsätzlich nicht zu einer Versagung von vermögensrechtlichen Ansprüchen führen soll. Mit der Re-form des Eherechts durch das 1.EheRG vom 14.Juni 1976 wurde das Schuldprinzip aufgegeben und durch das heute geltende Zerrüttungsprinzip ersetzt. Sowohl die materiellen Schei-dungsvoraussetzungen als auch die Scheidungsfolgen wie zum Beispiel die Zuteilung der elterlichen Sorge, der Familien-name, der Ehegattenunterhalt und der neu eingeführte Versor-gungsausgleich sind seitdem unabhängig von dem Verschulden eines Ehegatten an der Scheidung. Nur in besonderen Härte-fällen, wenn der Anspruch auf Zugewinn, Unterhalt oder Ver-sorgungsausgleich grob unbillig erscheinen würde, läßt das Gesetz Ausnahmen zu (§§ 1381,1361 Abs.3 in Verbindung mit 1579 Nr.2-7,1579,1587 c BGB). Aufgabe dieser Reform war es, der gewandelten Stellung der Frau in der Gesellschaft und dem neuen Verständnis von der Ehe als einer partnerschaft-lichen Verbindung gleichberechtigter und gleichverpflichtete-r Ehegatten Rechnung zu tragen⁽²⁰⁵⁾. Außerdem sollte das Recht der Scheidung und ihre Folgen gerechter und sozialer gestaltet werden⁽²⁰⁶⁾.

Die Durchführung dieser Zielsetzung läßt den Zweck erkennen, daß es im Rahmen des Eheverhältnisses nicht mehr auf das Vorliegen von Eheverfehlungen und ihre Ursachen ankommen soll. Eherechtliche Ansprüche wie Ausgleichs- und Versor-gungsansprüche sollen nicht vom Verschulden eines Ehegatten am Scheitern der Ehe abhängen, sondern aus objektiven Grün-

(204)BGH, NJW 1972,580

(205)Reg.-Begr., BT-Drucks.7/650, S.59

(206)Reg.-Begr., BT-Drucks.7/650, S.62

den gewährt werden. Dieser Zweck der Neuregelung würde verfehlt, wenn es den Ehegatten freistünde, Eheverstöße zum Beispiel außerhalb des Scheidungsprozesses gerichtlich geltend zu machen, um vermögensrechtliche Ansprüche durchzusetzen⁽²⁰⁷⁾.

Entscheidend ist aber, daß die Berufung auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage durch den Ehegatten, der die ehelichen Pflichten verletzt hat, nicht zwangsläufig rechtsmißbräuchlich ist. Wenn eheliche Pflichten verletzt wurden, steht damit noch nicht fest, daß dieses Verhalten das Scheitern der Ehe tatsächlich verursacht hat. Denn die Handlungen der Ehegatten sind aufgrund der zwischen ihnen bestehenden engen Lebensgemeinschaft miteinander verknüpft und oft voneinander abhängig⁽²⁰⁸⁾. Sie können nicht getrennt voneinander gesehen werden. Ein als ehezerstörend empfundenenes Verhalten kann zum Beispiel vom anderen Ehegatten mit veranlaßt und deshalb entschuldbar sein⁽²⁰⁹⁾. Außerdem ist die Verletzung ehelicher Pflichten nicht notwendig Ursache für das Scheitern der Ehe, sondern unter Umständen nur Ausdruck einer schon vorher bestehenden, aber noch nicht zutage getretenen Zerrüttung der Ehe.

Zusammenfassend ist also festzustellen, daß es im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung bedeutungslos ist, ob das Scheitern der Ehe durch die Verletzung ehelicher Pflichten verursacht wurde. Da die Änderung der für die Ehegattenvereinbarung bestimmenden Umstände auch nicht zum Risikobereich des verpflichteten Ehegatten gehört, ist es für ihn unzumutbar, wenn er trotz fehlender Zusammenarbeit der Ehegatten für seinen Ehepartner weiter die Zinsen und Tilgungsraten zahlen muß.

(207) LG Bonn, FamRZ 1980, 359(361); vgl. auch Bosch, Festschr. für Beitzke, S.131

(208) Reg.-Begr., BT-Drucks.7/650, S.72

(209) Reg.-Begr., BT-Drucks.7/650, S.72

c) Rechtsfolge

Der Wegfall der Geschäftsgrundlage führt zur Änderung oder Aufhebung des Vertrags⁽²¹⁰⁾. Die sich daraus ergebende Möglichkeit, die Rechtsfolge den jeweiligen Verhältnissen anzupassen, kann aber zu erhöhter Rechtsunsicherheit führen. Soll der Vorwurf der reinen Billigkeitsjustiz⁽²¹¹⁾ nicht zu Recht bestehen, so ist bei der Rechtsfolgenbestimmung der Grundsatz der Vertragstreue zu berücksichtigen⁽²¹²⁾. Der Eingriff in den Vertrag darf also nicht weiter gehen, als unbedingt erforderlich ist, um ein mit diesem Grundsatz zu vereinbarendes Ergebnis zu bekommen⁽²¹³⁾. Der Vertrag ist nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten und in einer den berechtigten Interessen beider Parteien Rechnung tragenden Form den veränderten Verhältnissen anzupassen⁽²¹⁴⁾. Erst wenn eine solche Anpassung nicht möglich ist, kann der Vertrag durch Gewährung eines Rücktritts- oder eines Kündigungsrechts bei Dauerrechtsverhältnissen aufgehoben werden⁽²¹⁵⁾. Hat die benachteiligte Partei dann schon geleistet, so ist die Leistung ganz oder zumindest teilweise zurückzuerstatten. Umstritten ist in diesen Fällen, ob der Anspruch unmittelbar auf § 242 BGB oder auf sonstige Anspruchsgrund-

(210) statt aller Palandt/Heinrichs, § 242 Anm. 6 A f.;
Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz. 413 f.

(211) Gernhuber, § 19 V 4; Joost, JZ 1985, 12 ff.

(212) RGRK/Alff, § 242 Rz. 68; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz. 414

(213) BGHZ 2, 176 (188); BGH, LM Nr. 27 zu § 242 (Bb) BGB;
BGH, LM Nr. 2 zu § 779 BGB; OGHZ 1, 62 (68);
Erman/Sirp, § 242 Rz. 179; MK/Roth, § 242 Rz. 507;
RGRK/Alff, § 242 Rz. 67

(214) BGH, LM Nr. 12 zu § 242 (Bb) BGB; BGH, LM Nr. 18 zu
§ 242 (Bb) BGB; BGHZ 47, 48 (51-52); BGH, WPM 1973,
752 (753); BGH, NJW 1976, 565 (567);
Erman/Sirp, § 242 Rz. 179; RGRK/Alff, § 242
Rz. 67 f.; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz. 414,
417 ff.

(215) Köhler, JA 1979, 505

lagen⁽²¹⁶⁾ wie zum Beispiel § 812 BGB zu stützen ist.

Vorzuziehen ist die zweite Möglichkeit. Die Aufgabe des § 242 BGB besteht vor allem darin, vertragliche Nebenpflichten zu begründen und die Rechtsausübung in Fällen des Mißbrauchs zu begrenzen. § 242 BGB selbst ist jedoch keine Anspruchsgrundlage⁽²¹⁷⁾.

Geht man von diesen Grundüberlegungen aus, so ist festzustellen, daß für die Zeit nach der Scheidung eine Aufrechterhaltung und Anpassung der vorliegenden Ehegattenvereinbarung an die veränderten Umstände nicht möglich ist. Mit dem Scheitern der Ehe hat diese Vereinbarung den Sinn verloren, den der zuwendende Ehegatte mit ihr verbunden hatte. Der Vertrag ist also für die Zukunft aufzuheben. Die Zuwendungen sind ganz oder zumindest teilweise zurückzugewähren. Zu berücksichtigen ist insoweit, daß es sich bei der Vereinbarung, die Zins- und Tilgungszahlungen für den haushaltsführenden Ehegatten zu übernehmen, um ein Dauerrechtsverhältnis handelt. Bei Dauerrechtsverhältnissen ist auch die Auflösung für die Zukunft und damit eine Teilaufhebung möglich⁽²¹⁸⁾. Sie stellt gegenüber der rückwirkenden Unwirksamkeit eines Vertrags den minder schweren Eingriff dar und ist daher vorrangige Rechtsfolge⁽²¹⁹⁾.

Aufgelöst ist die Vereinbarung der Ehegatten hier mit der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, der das Scheitern der Ehe anzeigt⁽²²⁰⁾. Zwar ist schon mit der Trennung der Ehegatten eine Zusammenarbeit nicht mehr gegeben, doch wird ein Vertrag, dessen Geschäftsgrundlage weggefallen und bei dem eine Anpassung an die veränderten Verhältnisse nicht

(216)so Köhler, Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage..., S.164; ders., JA 1979,505; Lange, Festschrift für Gieseke, S.43 ff.; Larenz, Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, S.177,186

(217)BGH, NJW 1954,1524(1526); BGH, NJW 1981,1779; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.1 b

(218)Kühne, FamRZ 1968,361; MK/Roth, § 242 Rz.510

(219)MK/Roth, § 242 Rz.510

(220)vgl. BGH, FamRZ 1983,795(796)

möglich ist, in der Regel nicht automatisch aufgelöst⁽²²¹⁾. Mit dem Wegfall der Geschäftsgrundlage hat der benachteiligte Vertragsteil nur ein Rücktritts- oder - bei Dauerrechtsverhältnissen - ein Kündigungsrecht⁽²²²⁾. Erforderlich ist also grundsätzlich ein Gestaltungsakt. Dieser ist hier in dem Scheidungsantrag zu sehen, der dem Ehepartner mit der Zustellung der Antragsschrift zugegangen ist. Der antragstellende Ehegatte hat damit zu erkennen gegeben, daß er die Ehe nicht fortsetzen will. Von diesem Zeitpunkt an haften die Ehegatten für die Darlehensschulden auch im Innenverhältnis wieder anteilig. Jeder Ehegatte muß somit die Hälfte der Zins- und Tilgungslasten tragen. Das hat zur Folge, daß die nach dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zugewendeten Zins- und Tilgungsbeträge nach § 748 BGB (analog) zurückzahlen sind.

II. Gütergemeinschaft

Bei Ehegatten, die in Gütergemeinschaft leben, entsteht das Problem des Ausgleichs von Zuwendungen zum Hauserwerb nur, wenn die Zins- und Tilgungsverpflichtungen des haushaltsführenden Ehegatten aus dem Vorbehaltsgut des erwerbstätigen Ehepartners erfüllt werden. Die Vermögensverschiebung erfolgt dann zwischen den Vorbehaltsgütern der Ehegatten⁽²²³⁾.

(221) Erman/Sirp, § 242 Rz.179

(222) RGZ 165,193(199 f.); RGZ 168,65(73); BGH, LM Nr.2 zu § 242(Bc) BGB; Erman/Sirp, § 242 Rz.179; Esser, Schuldrecht I, § 36 III; Haarmann, S.103 ff.; Medicus, Bürgerliches Recht, Rz.170; MK/Roth, § 242 Rz.510; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.6 A f; RGRK/Alff, § 242 Rz.83; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.428 f.; Stampe, Jherings Jb 72,397 f. grundsätzlich auch: Brox, Allg. Schuldrecht, Rz.84; Lange, FS für Gieseke, S.42 ff.; Larenz, SchuldR.AT, § 21 II; Lehmann/Hübner, § 35 A VII 6. Diese Autoren wollen jedoch nach Schwere bzw. Offensichtlichkeit der Umstände, die zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führten, entscheiden, ob ein derartiger Gestaltungsakt erforderlich ist.

(223) siehe dazu die Vorauss. in FN.3

Da zwischen diesen Sondervermögen eine vollständige Trennung besteht⁽²²⁴⁾, gelten für den Ausgleich der Zins- und Tilgungszahlungen die gleichen Grundsätze wie bei Ehegatten, die in Gütertrennung leben⁽²²⁵⁾.

Erfolgen die Zahlungen dagegen aus dem Gesamtgut - das heißt aus dem Gesamtgut in die Vorbehaltsgüter der Ehegatten -, dann findet zwischen den Ehegatten kein Ausgleich statt. Der Ausgleich wird in solchen Fällen zwischen den beteiligten Gütermassen nach güterrechtlichen Vorschriften durchgeführt⁽²²⁶⁾. So sind die Beträge, die zur Erfüllung der Schulden geleistet wurden, nach § 1467 Abs.1 BGB bzw. § 1445 Abs.1 BGB dem Gesamtgut zu ersetzen.

III. Zugewinnngemeinschaft

1. Güterrechtlicher Ausgleich

Für die Vermögensauseinandersetzung bei der Scheidung von Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, ist mit dem Zugewinnausgleich nach §§ 1372 ff. BGB ein gesetzliches Ausgleichsverfahren geschaffen worden, in dessen Rahmen die Ehegattenzuwendungen anzurechnen sind. Zur Durchführung des Ausgleichs ist der Zugewinn beider Ehegatten zu ermitteln. Zugewinn ist nach § 1373 BGB der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten sein Anfangsvermögen übersteigt. Hat ein Ehegatte einen höheren Zugewinn erzielt als sein Partner, so steht diesem nach § 1378 Abs.1 BGB die Hälfte des Zugewinnüberschusses als Ausgleichsforderung zu.

Durch diese Ausgleichsberechnung würden häufig auch die Zuwendungen unter Ehegatten mit ausgeglichen, so daß es einer

(224) Gernhuber, § 38 V 5, der sogar davon spricht, daß durch das Vorbehaltsgut die Gütertrennung partiell in die Gütergemeinschaft getragen wird

(225) vgl. § 6 I 3

(226) Dölle, § 67 VI 2 a

besonderen Anrechnung der Zuwendungen nicht bedurft hätte⁽²²⁷⁾. Denn durch die Zuwendung wird das Endvermögen und damit der Zugewinn des zuwendenden Ehegatten um den Wert der Zuwendung verringert und der Vermögensstand des Empfängers entsprechend erhöht. Der sonst entstehende Zugewinnüberschuß wird also um den doppelten Betrag der Zuwendung und die Ausgleichsforderung - als die Hälfte des Überschusses - um den Wert der Zuwendung verringert⁽²²⁸⁾.

Das setzt allerdings voraus, daß der Empfänger die Zuwendung nicht ausgegeben, verbraucht oder Schulden gemacht hat, die sein Endvermögen mindern. Sonst würde der Zugewinnüberschuß nicht doppelt so groß wie die Zuwendung sein. Der ausgleichspflichtige, zuwendende Ehegatte wäre dann zur Zahlung eines höheren Zugewinnausgleichs verpflichtet.

Um eine Benachteiligung des Zuwendenden in solchen Fällen zu vermeiden, hat sich der Gesetzgeber für eine Anrechnung der Zuwendung auf die Ausgleichsforderung nach § 1380 BGB entschieden. Der Wert der Zuwendung soll angerechnet werden, auch wenn er sich nicht mehr im Endvermögen des empfangenden Ehegatten auswirkt⁽²²⁹⁾, denn die Art, wie die Zuwendung verwaltet wird, soll nicht zu Lasten des Zuwendenden gehen. Der zuwendende Ehegatte soll durch die Zuwendung nicht das Risiko übernehmen, das er ohne die Zuwendung nicht hätte tragen müssen⁽²³⁰⁾. Sinn der Anrechnung ist es somit, den Zuwendungsempfänger nicht besser, aber auch nicht schlechter zu stellen als er ohne die Zuwendung stehen würde⁽²³¹⁾.

Fraglich ist nun, wie die Anrechnung zu erfolgen hat und in welchem Umfang die Zuwendungen dadurch ausgeglichen werden.

(227) so schon Lieb, S.126; von Olshausen, FamRZ 1978,755 f.; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,949

(228) von Olshausen, FamRZ 1978,756

(229) Holzhauser, JuS 1983,834; Langenfeld, Rz.301; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,949

(230) Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.518 a

(231) statt aller von Olshausen, FamRZ 1978,755

Von dem Ergebnis könnte es abhängen, ob die Zuwendungen nur nach den Vorschriften der Zugewinnsgemeinschaft gemäß §§ 1372 ff. BGB oder daneben auch nach schuldrechtlichen Vorschriften ausgeglichen werden.

a) Anrechnung der Zuwendungen nach § 1380 BGB

Die Anrechnung von Zuwendungen im Rahmen des Zugewinnausgleichs wird durch § 1380 BGB angeordnet. Nach Abs.1 Satz 1 der Vorschrift ist auf die Ausgleichsforderung eines Ehegatten anzurechnen, was ihm von seinem Partner durch Rechtsgeschäft unter Lebenden mit der Bestimmung zugewendet wurde, daß es auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden soll.

Zugewendet wurden dem haushaltsführenden Ehegatten hier die auf seinen Miteigentumsanteil am Familienheim entfallenden Zins- und Tilgungszahlungen. Zwar wird es häufig an einer ausdrücklichen Anrechnungsbestimmung für diese Zuwendungen fehlen. Sie übersteigen jedoch erheblich den Wert von Gelegenheitsgeschenken⁽²³²⁾, wie sie unter Ehegatten zu bestimmten Festtagen oder vergleichbaren Anlässen gemacht werden. Bis zum Beweis des gegenteiligen Willens des zuwendenden Ehegatten sind sie daher nach § 1380 Abs. 1 S. 2 BGB anzurechnen⁽²³³⁾.

§ 1380 BGB setzt weiter voraus, daß dem Ehegatten, der die Zuwendung erhalten hat, eine Ausgleichsforderung zusteht. Durch diese Anordnung wird der Anwendungsbereich des § 1380 BGB eingeschränkt. Eine Anrechnung kommt damit nur in Betracht, wenn ein Ausgleichsanspruch des Zuwendungsempfängers besteht. Vor der Anrechnung ist also zunächst festzustellen, wer Gläubiger und wer Schuldner der Ausgleichsforderung ist. Daraus folgt, daß der Anspruch nach § 1378 Abs.1 BGB ohne

(232) zum Begriff des Gelegenheitsgeschenks:
s. MK/Gernhuber, § 1380 Rz.15; Palandt/Diederichsen,
§ 1380 Anm.2

(233) Palandt/Diederichsen, § 1380 Anm.2

Hinzuziehung des § 1380 BGB zu ermitteln ist. Die Ausgleichsforderung ist nach dem tatsächlich erzielten und nicht nach dem gemäß § 1380 BGB zu berechnenden fiktiven Zugewinn zu berechnen⁽²³⁴⁾. Führt die Zuwendung nach der von den tatsächlichen Vermögenswerten ausgehenden Berechnung zu einem Zugewinnüberschuß beim Empfänger, so steht dem zuwendenden Ehegatten eine Ausgleichsforderung nach § 1378 Abs.1 BGB zu. § 1380 BGB kommt dann nicht mehr zur Anwendung⁽²³⁵⁾. Entgegen der zum Teil vertretenen Meinung⁽²³⁶⁾ schließt § 1380 BGB einen solchen Ausgleich des zuwendenden Ehegatten nicht aus. Sinn der Anrechnung ist es, den Zuwendungsempfänger nicht besser zu stellen als er stehen würde, wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre⁽²³⁷⁾. Der Ausschluß der güterrechtlichen Ausgleichsforderung des Zuwendenden durch § 1380 BGB würde aber gerade entgegen diesem Grundgedanken zu einer Besserstellung des Empfängers führen.

b) Anrechnungsverfahren

Die Anrechnung der Zuwendung auf die nach den tatsächlichen Vermögensbeständen ermittelte Ausgleichsforderung würde den Zuwendungsempfänger jedoch benachteiligen. Sie hätte zur Folge, daß die Zuwendung doppelt berücksichtigt würde. Zunächst würde die Zuwendung den Zugewinnüberschuß nach § 1378 Abs.1 BGB verringern, auf dessen Hälfte sich der Empfänger dann die Zuwendung nach § 1380 Abs.1 BGB nochmals anrechnen lassen müßte⁽²³⁸⁾.

Deshalb hat sich der Gesetzgeber für ein kompliziertes An-

(234)Langenfeld, Rz.308; MK/Gernhuber, § 1380 Rz.3;
von Olshausen, FamRZ 1978,757; Schlüter, § 12 IV 1 b;
Soergel/Lange, § 1380 Rz.7 (anders noch in der 10.Auf-
lage); Staudinger/Thiele, § 1380 Rz.22

(235)Schlüter, § 12 IV 1 b

(236)§ 5 II, FN.137

(237)so zu Recht von Olshausen, FamRZ 1978,755;
Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,949; ähnlich auch Stau-
dinger/Thiele, § 1380 Rz.1

(238)Langenfeld, Rz.304

rechnungsverfahren entschieden. Um den Zuwendungsempfänger durch die Zuwendung nicht finanziell schlechter zu stellen als ohne sie, werden die Auswirkungen der Zuwendung auf die tatsächlichen Zugewinne der Ehegatten zunächst rückgängig gemacht. Erst danach ist die Anrechnung vorzunehmen⁽²³⁹⁾.

aa) Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des zuwendenden Ehegatten

Die Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des zuwendenden Ehegatten wird durch § 1380 Abs.2 S.1 BGB angeordnet. Nach der Vorschrift wird der Wert der Zuwendung bei der Berechnung der Ausgleichsforderung dem Zugewinn des Ehegatten hinzugerechnet, der die Zuwendung gemacht hat.

bb) Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des Zuwendungsempfängers

Die Zurechnung des Zuwendungswerts zum Zugewinn des ausgleichspflichtigen Ehegatten ist allein nicht ausreichend. Es werden dadurch nur die Auswirkungen der Zuwendung auf Seiten des Zuwendenden aufgehoben. Die Anrechnung nach § 1380 Abs.1 BGB setzt aber voraus, daß der Empfänger durch die Zuwendung keinen zusätzlichen Zugewinn erzielt hat. Ist der Wert der Zuwendung indes noch im Vermögen des Empfängers vorhanden, so hat er ein tatsächliches Endvermögen mindestens in dieser Höhe⁽²⁴⁰⁾. Der Empfänger hätte dann einen Ausgleichsanspruch, der um die Hälfte des Zuwendungswerts verringert wäre. Er stünde schlechter als wenn er die Zuwendung nicht erhalten hätte. Um diese ungerechtfertigte und vom Gesetzgeber mit der Anrechnung nicht gewollte Benachteiligung zu vermeiden, müssen vor der Anrechnung der Zu-

(239) von Olshausen, FamRZ 1978,756; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,950

(240) Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,948 und 950

wendung deren Auswirkungen auch auf Seiten des Empfängers rückgängig gemacht werden.

aaa) Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB

Die Schlechterstellung des Zuwendungsempfängers wird vermieden, wenn § 1374 Abs.2 BGB auf Ehegattenzuwendungen zur Anwendung kommt. Nach dieser Vorschrift wird der Zuwendungswert dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzugerechnet, so daß ihm durch die Zuwendung kein zusätzlicher Zugewinn entsteht. Voraussetzung ist, daß es sich dabei um Vermögen handelt, das der empfangende Ehegatte nach Eintritt des gesetzlichen Güterstandes von Todes wegen, mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erhalten hat, § 1374 Abs.2 BGB.

Die Zins- und Tilgungszuwendungen des erwerbstätigen Ehegatten an seinen Partner erfüllen allerdings keine dieser Tatbestandsvoraussetzungen. Rechtsgrund für die Zuwendungen ist nicht eine Schenkung, sondern ein familienrechtlicher Vertrag⁽²⁴¹⁾.

Mangels einer anderen Vorschrift, die die Rücknahme der Zuwendungsauswirkungen auf Seiten des Empfängers ausdrücklich regelt, könnte die analoge Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB geboten sein, wie es von der Rechtslehre zum Teil angenommen wird⁽²⁴²⁾. Voraussetzung der analogen Anwendung ist es, daß es der Gesetzeszweck des § 1374 Abs.2 BGB rechtfertigt, die Ehegattenzuwendungen nach dieser Vorschrift zu behandeln⁽²⁴³⁾.

Die Bedeutung und der Sinn des § 1374 Abs.2 BGB ist seiner Stellung innerhalb der §§ 1372 ff. BGB zu entnehmen. So ist der Ausgleich des Zugewinns unter den Ehegatten Ausdruck des

(241)vgl. § 3 II 3 b

(242)siehe FN.135

(243)dazu allgemein Larenz, Methodenlehre, S.365 ff.

Gedankens, daß der Erwerb eines Ehegatten von dem anderen unterstützt wird und der Vermögenszuwachs jedes Ehegatten in der Regel auf den gemeinsamen Anstrengungen beruht⁽²⁴⁴⁾. Deshalb wird auf den konkreten Nachweis verzichtet, daß der Zugewinn eines Ehegatten tatsächlich durch die Tätigkeit bzw. die Mitwirkung des anderen entstanden ist⁽²⁴⁵⁾.

Dagegen werden die Erwerbsfälle des § 1374 Abs.2 BGB ausdrücklich vom Zugewinnausgleich ausgeschlossen. Es handelt sich dabei um Vermögen, zu dessen Erwerb der andere Ehegatte weder unmittelbar noch mittelbar beigetragen hat⁽²⁴⁶⁾. Gedanke des § 1374 Abs.2 BGB ist es also, Vermögenswerte, die keine innere Verbindung zur ehelichen Lebensgemeinschaft haben und nicht auf der Zusammenarbeit der Ehegatten beruhen, von der Ausgleichspflicht auszunehmen⁽²⁴⁷⁾.

Dieser Gesetzeszweck trifft auf Zuwendungen von Dritten zu. Für Ehegattenzuwendungen gilt jedoch das Gegenteil, wobei es gleichgültig ist, ob es sich um Schenkungen oder sonstige ehebezogene Zuwendungen handelt⁽²⁴⁸⁾. Sie stammen aus dem Vermögen des Ehepartners, zu dessen Zuwachs der andere Teil gerade beigetragen hat⁽²⁴⁹⁾. Solche Zuwendungen erfolgen außerdem im Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft. Sie sollen - im Gegensatz zu den Erwerbsfällen des § 1374 Abs.2 BGB - auf die Ausgleichsforderung angerechnet werden. Der Normzweck des § 1374 Abs.2 BGB rechtfertigt es daher nicht, Ehegattenzuwendungen nach dieser Vorschrift zu behandeln.

Gegen die Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB auf Ehegattenzuwen-

(244)Brüning, NJW 1971,922; Kipp, Verhandlungen des 33. DJT, S.348; RGRK/Finke, §1374 Rz.14

(245)Soergel/Lange, § 1374 Rz.9; Staudinger/Thiele, § 1374 Rz.18

(246)Seidl, BT-Drucks.II/3409, S.9

(247)BGHZ 68,43(44); Erman/Heckelmann, § 1374 Rz.7; Joost, JZ 1985,14; Langenfeld, Rz.305; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,950-951; Soergel/Lange, § 1374 Rz.2

(248)Holzhauer, JuS 1983,835; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982, 950-951; im Ergebnis auch Schlüter, § 12 IV 1 b

(249)Holzhauer, JuS 1983,835; Joost, JZ 1985,14; Langenfeld, Rz.305; Reinicke/Tiedtke, WPM 1982,951

dungen spricht auch die Tatsache, daß § 1374 Abs.2 BGB und § 1380 BGB im Rahmen des Anrechnungsverfahrens nicht immer sinnvoll zusammenwirken. Ist zum Beispiel der zuwendende Ehegatte später selbst ausgleichsberechtigt, weil der Empfänger den höheren Zugewinn erzielt hat, so ist § 1380 BGB nicht anwendbar⁽²⁵⁰⁾. Es kommt dann zu einer isolierten Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB, da diese Vorschrift unabhängig davon anwendbar ist, ob der Zuwendungsempfänger Gläubiger oder Schuldner der Ausgleichsforderung ist⁽²⁵¹⁾. Die Zuwendung ist also dem Anfangsvermögen des Empfängers hinzuzurechnen, so daß sich sein Zugewinn verringert. Eine Rücknahme der Zuwendungsauswirkungen findet aber weder beim zuwendenden Ehegatten noch beim Empfänger statt. Das hat zur Folge, daß der Zuwendende durch die Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB schlechter gestellt würde als ohne Anrechnungsverfahren. Dieses Ergebnis wird durch das folgende Zahlenbeispiel verdeutlicht⁽²⁵²⁾:

Der zuwendende Ehegatte hat ein Anfangsvermögen von 20.000,- DM und ein Endvermögen von 30.000,- DM; während des Güterstandes hat er seinem Ehepartner 10.000,- DM zugewendet. Der Empfänger hat kein Anfangsvermögen und sein Endvermögen beträgt einschließlich der Zuwendung 50.000,- DM. Ausgleichspflichtig ist dann der Zuwendungsempfänger, so daß § 1380 BGB nicht zur Anwendung kommt.

Nimmt man an, daß § 1374 Abs.2 BGB auf Ehegattenzuwendungen anwendbar ist, dann ergibt sich durch die Hinzurechnung der Zuwendung beim Empfänger ein Anfangsvermögen von 10.000,- DM. Der Zugewinn des zuwendenden Ehegatten beträgt 10.000,- DM und der des Empfängers 40.000,- DM. Es ergibt sich ein Ausgleichsanspruch des zuwendenden Ehegatten von 15.000,- DM, so daß dieser nach dem Ausgleich ein Vermögen von insgesamt 45.000,- DM hat.

(250) vgl. § 6 III 1 a

(251) von Olshausen, FamRZ 1978, 756

(252) siehe dazu das Beispiel bei Schwab, Handb. des Scheidungsrechts, Rz. 789

Ohne die Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB ergäbe sich folgende Berechnung:

Das Anfangsvermögen, das Endvermögen und der Zugewinn des zuwendenden Ehegatten entsprechen denen des Ausgangsfalls. Der Zuwendungsempfänger hat kein Anfangsvermögen und ein Endvermögen von 50.000,- DM, so daß sein Zugewinn 50.000,- DM beträgt. Es ergibt sich ein Zugewinnüberschuß des Empfängers von 40.000,- DM und damit ein Ausgleichsanspruch des Zuwendenden von 20.000,- DM. Nach dem Ausgleich besitzt der zuwendende Ehegatte also ein Vermögen von insgesamt 50.000,- DM im Gegensatz zu den 45.000,- DM im Ausgangsfall.

Das Beispiel zeigt, daß der zuwendende Ehegatte durch die Anwendung des § 1374 Abs.2 BGB in den Fällen, in denen er ausgleichsberechtigt ist, entgegen dem Sinn der Anrechnung finanziell noch schlechter gestellt wird als ohne jedes Anrechnungsverfahren. Ein enger Zusammenhang, wie es die Rechtslehre zum Teil annimmt, besteht daher zwischen § 1374 Abs.2 BGB und § 1380 BGB hinsichtlich der Anrechnung von Ehegattenzuwendungen nicht.

bbb) Anwendung des § 1380 Abs.2 BGB

Da die Neutralisierung des Zuwendungswerts auf Seiten des Empfängers durch § 1374 Abs.2 BGB nicht möglich ist, fragt es sich, ob das Ergebnis durch § 1380 Abs.2 BGB herbeigeführt werden kann.

Ausdrücklich regelt § 1380 Abs.2 BGB nur die Hinzurechnung des Zuwendungswerts zum Zugewinn des zuwendenden Ehegatten. Aufgabe dieser gesetzlichen Bestimmung ist es jedoch, die Rechenschritte bzw. das Verfahren der in Abs.1 angeordneten Anrechnung zu beschreiben⁽²⁵³⁾. Diese Aufgabe wird durch

(253) Reg.-Begr. zu § 1387, BT-Drucks.II/224 Anlage 1, S.47; Seidl, BT-Drucks.II/ 3409, S.12; Holzhauser, JuS 1983,835

§ 1380 Abs.2 BGB nur unvollkommen erfüllt. Soll der Empfänger durch die Anrechnung der Zuwendung nicht besser, aber auch nicht schlechter gestellt werden als ohne die Zuwendung, dann muß der Zuwendungswert auf seiner Seite neutralisiert werden. Es ist deshalb geboten, § 1380 Abs.2 BGB in dieser Weise auszulegen, um eine finanzielle Benachteiligung des Zuwendungsempfängers zu vermeiden. Der Wert der Zuwendung ist dann vom Endvermögen des Empfängers abzuziehen. Nur diese Vermögensverschiebung entspricht der durch § 1380 Abs.2 S.1 BGB angeordneten Hinzurechnung des Zuwendungswerts zum Endvermögen des zuwendenden Ehegatten⁽²⁵⁴⁾.

c) Auswirkungen der Anrechnung auf den Ausgleichsanspruch

Aufgrund des eingeschränkten Anwendungsbereichs des § 1380 BGB⁽²⁵⁵⁾ hängt die Beantwortung der Ausgangsfrage, ob die Zins- und Tilgungszuwendungen durch das Güterrecht vollständig ausgeglichen werden, davon ab, wer Gläubiger und wer Schuldner des Zugewinnausgleichsanspruchs ist.

Ist der Zuwendungsempfänger ausgleichsberechtigt, so kommt § 1380 BGB zur Anwendung. Der Zuwendungswert wird dann auf die nach §§ 1372 ff., 1380 Abs.1,2 BGB errechnete Ausgleichsforderung angerechnet. Die Zuwendungen werden also in voller Höhe bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs berücksichtigt.

Hat der Zuwendungsempfänger dagegen mehr erhalten, als ihm güterrechtlich ohne die Zuwendungen zugestanden hätte, so ist der zuwendende Ehegatte ausgleichsberechtigt. § 1380 BGB ist in diesen Fällen nicht anwendbar⁽²⁵⁶⁾. Da keine Sonderregelung für die Berücksichtigung der Zuwendungen eingreift, werden sie wie jedes andere Vermögen des Empfängers behandelt. Es fragt sich, ob die Zins- und Tilgungszahlungen auch

(254) Schlüter, § 12 IV 1 b

(255) vgl. § 6 III 1 a

(256) vgl. § 6 III 1 a

dann durch die §§ 1372 ff.BGB vollständig ausgeglichen werden. Insoweit sind die folgenden Fallgruppen zu unterscheiden⁽²⁵⁷⁾:

Hat der Zuwendungsempfänger neben der Zuwendung noch einen Zugewinn in (mindestens) gleicher Höhe erzielt, so erhält der Zuwendende, der keinen Zugewinn hat, die Zuwendungen wertmäßig in (mindestens) gleicher Höhe zurück.

Ist von dem Zuwendungsempfänger nur ein Zugewinn in Höhe des Zuwendungswerts erzielt worden, dann bekommt der Zuwendende die Hälfte seiner Zuwendungen zurück, wenn er selbst keinen Zugewinn hat. Hat er einen Zugewinn erzielt, so bemißt sich sein Ausgleichsanspruch nach der Differenz der Zugewinne⁽²⁵⁸⁾.

In diesen beiden Fallgruppen und den dazwischen möglichen Fallgestaltungen ist das Ergebnis sachgemäß, denn der zuwendende Ehegatte wird durch den Zugewinnausgleich so gestellt als wenn er keine Zuwendungen gemacht hätte.

Problematisch sind dagegen die Fälle, in denen der Empfänger bei Beendigung des Güterstands keinen Zugewinn in Höhe des Zuwendungswerts hat, weil er zum Beispiel Verbindlichkeiten eingegangen ist oder sein Anfangsvermögen ausgegeben hat⁽²⁵⁹⁾. Der Zuwendende, der selbst keinen Zugewinn erzielt hat, erhält dann weniger als die Hälfte der Zuwendung und unter Umständen überhaupt nichts zurück. Er ist schlechter gestellt als er stünde, wenn er die Zuwendung nicht gemacht hätte. In dem Fall hätte er selbst in der für ihn ungünstigsten Möglichkeit nur die Hälfte des Zuwendungswerts als Zugewinnausgleich zahlen müssen. Es stellt sich damit die Frage, ob in diesen Fällen, in denen die Zins- und Tilgungs-

(257) Göppinger, Rz.519 b, 520; Langenfeld, Rz.309;
Reinicke/Tiedtke, WPM 1982, 952 ff.; Tiedtke, DNotZ
1983, 163-164

(258) Göppinger, Rz.519 b

(259) Langenfeld, Rz.309; Tiedtke, DNotZ 1983, 164

zuwendungen durch das Güterrecht nicht vollständig ausgeglichen werden, noch ein wertmäßiger Ausgleich nach schuldrechtlichen Vorschriften möglich ist.

2. Schuldrechtlicher Ausgleich

Da der schuldrechtliche Ausgleich von Ehegattenzuwendungen nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage vorzunehmen ist⁽²⁶⁰⁾, hängt die Entscheidung der obigen Frage von dem Verhältnis der §§ 1372 ff. BGB zu diesem Rechtsinstitut ab. Zu unterscheiden ist insoweit zwischen den Zins- und Tilgungszahlungen, die vor und die nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zugewendet wurden.

a) Ausgleich vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags

Sind die Zuwendungen vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfolgt, so werden sie in die Berechnung des Zugewinnausgleichs einbezogen. Die Zulassung eines schuldrechtlichen Ausgleichs hätte dann eine Verdoppelung der Verfahren zur Folge, da für die Entscheidung über die Rückgewähr von Ehegattenzuwendungen nach schuldrechtlichen Bestimmungen die allgemeinen Prozeßgerichte zuständig sind. Das Familiengericht könnte also über den geltend gemachten Zugewinnausgleich erst entscheiden, wenn die schuldrechtlichen Ansprüche feststehen, so daß sie bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs berücksichtigt werden können. Die dadurch eintretende Verzögerung des familienrechtlichen Verfahrens rechtfertigt trotzdem nicht die Annahme, daß schuldrechtliche Ansprüche nicht geltend gemacht werden können. Sonst würden Gründe der Prozeßökonomie ausreichen, um Ausgleichsansprüche auszuschließen⁽²⁶¹⁾.

(260) vgl. § 6 I 2, 3

(261) Holzhauser, Familienrecht, S.119; ders., JuS 1983, 835

Ein schuldrechtlicher Ausgleich der Zuwendungen, die vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags erfolgt sind, wird jedoch durch die §§ 1372 ff. BGB ausgeschlossen. Die Grundsätze über den Wegfall der Geschäftsgrundlage sind nur dort anwendbar, wo das Gesetz für diesen Fall keine spezielle Regelung getroffen hat⁽²⁶²⁾. Für die Auseinandersetzung von Ehegatten, die in Zugewinnsgemeinschaft leben, hat der Gesetzgeber aber gerade den Zugewinnausgleich nach §§ 1372 ff. BGB vorgesehen. Dieses gesetzliche Ausgleichsverfahren hat die Funktion einer Sonderregelung⁽²⁶³⁾. Es berücksichtigt bei der Berechnung der Ausgleichsforderung auch die Ehegattenzuwendungen nach § 1380 BGB.

Diese güterrechtliche Regelung bewirkt zwar, daß nicht in jedem Fall die Zuwendungen vollständig ausgeglichen werden. Andererseits kann sie sich aber auch zugunsten des zuwendenden Ehegatten auswirken. So erhält er unter Umständen die Zuwendungen zurück, obwohl es angemessen wäre, wenn der Empfänger einen Teil behielte⁽²⁶⁴⁾. Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn der zuwendende Ehegatte sein Vermögen durch schlechte Verwaltung bzw. Verschwendung verringert und deshalb keinen Zugewinn erzielt.

Festzustellen ist demnach, daß die güterrechtliche Regelung sich zum Nachteil des ausgleichsberechtigten oder des ausgleichspflichtigen Ehegatten auswirken kann⁽²⁶⁵⁾. Dieser Tatsache war sich der Gesetzgeber bei der Einführung der Zugewinnsgemeinschaft als gesetzlichem Güterstand auch bewußt⁽²⁶⁶⁾. Deshalb wurde in den Stellungnahmen zur Reformgesetzgebung vorgeschlagen, das zuständige Gericht solle im Einzelfall nach billigem Ermessen entscheiden, welcher Ehe-

(262)BGH, FamRZ 1977,458(459); BGH, FamRZ 1982,246(247);
Diederichsen, S.113; Langenfeld, Rz.320

(263)Diederichsen, S.100-101

(264)Tiedtke, DNotZ 1983,164-165

(265)Langenfeld, Rz.309; Tiedtke, DNotZ 1983,165

(266)siehe Reg.-Begr., BT-Drucks.II/224, Anlage 1, S.38 f.,
45,48; Seidl, BT-Drucks.II/3409, S.12;
vgl. auch Oehlers, Schriften zum 5.DFGT, S.82 ff.

gatte ausgleichspflichtig und in welcher Höhe der Ausgleich zu gewähren ist⁽²⁶⁷⁾, um Ungerechtigkeiten im Rahmen des Zugewinnausgleichs vermeiden zu können. Trotz der dadurch möglichen Einzelfallgerechtigkeit ist der Gesetzgeber den Vorschlägen nicht gefolgt. Kein Rechtsanwalt hätte sonst mit einiger Sicherheit sagen können, ob und in welcher Höhe das mit der Entscheidung befaßte Gericht einen Zugewinnausgleichsanspruch festsetzen werde⁽²⁶⁸⁾.

Im Spannungsbereich zwischen dem Bestreben nach materieller Gleichstellung der Ehegatten und dem Bestreben nach Rechtssicherheit hat sich der Gesetzgeber für die starre und schematische Regelung des Zugewinnausgleichs entschieden. Mit Ausnahme des § 1381 BGB hat er durch den Zugewinnausgleich entstehende Härten bewußt in Kauf genommen, um die Rechtssicherheit zu gewährleisten. Das güterrechtliche Ausgleichsverfahren hat daher die Funktion einer Sonderregelung, die den Ausgleich nach schuldrechtlichen Bestimmungen verdrängt. Ein schuldrechtlicher Ausgleich der Ehegattenzuwendungen zum gemeinsamen Erwerb des Familienheims ist also nicht möglich, soweit die §§ 1372 ff. BGB zur Anwendung kommen.

b) Ausgleich nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags

Anders ist die Rechtslage nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags. Ein Ausgleich der Zuwendungen, die nach diesem Zeitpunkt gemacht wurden, findet nach §§ 1372 ff. BGB nicht statt. Schuldrechtliche Ansprüche werden somit durch das Güterrecht nicht mehr verdrängt. Die Zins- und Tilgungsbeträge, die nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags dem Ehepartner zugewendet wurden, sind dann gemäß § 748 BGB (analog) zurückzuzahlen, da die Ehegatten durch den Wegfall

(267)Knur, Verhandlungen des Deutschen Notartages 1952, S.43 ff.,48; so auch schon Wieruszowski, Verhandlungen des 33.DJT, S.331 ff.,338 und 357 ff.

(268)Reg.-Begr., BT-Drucks.II/224, Anlage 1, S.37,45; Langenfeld, Rz.324; Tiedtke, DNotZ 1983,164

der Geschäftsgrundlage für ihre Darlehensschulden im Innenverhältnis wieder anteilig haften⁽²⁶⁹⁾.

§ 7 Zusammenfassung

Die Zuwendungen zum gemeinsamen Erwerb des Familienheims werden bei Ehegatten, die nicht im gesetzlichen Güterstand leben, nach schuldrechtlichen Vorschriften ausgeglichen. Mit dem Scheitern der Ehe, das durch die Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags angezeigt wird, entfällt die Geschäftsgrundlage der Ehegattenvereinbarung, nach der der erwerbstätige Ehegatte die Zins- und Tilgungslasten für seinen Partner erfüllt. Von diesem Zeitpunkt an haften die Ehegatten im Innenverhältnis wieder anteilig für die Schulden. Die Zins- und Tilgungsbeträge, die nach der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zugewendet wurden, sind dann gemäß § 748 BGB (analog) zurückzuzahlen.

Bei Ehegatten, die in Zugewinnsgemeinschaft leben, werden die Zuwendungen durch die Anrechnung nach § 1380 BGB im Rahmen des Zugewinnausgleichs speziell berücksichtigt. Dieses güterrechtliche Ausgleichsverfahren nach §§ 1372 ff. BGB hat die Funktion einer Sonderregelung. Ein schuldrechtlicher Ausgleich der Zuwendungen, die vor der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags gemacht wurden, wird dadurch verdrängt. Dagegen sind die Zins- und Tilgungsbeträge, die nach diesem Zeitpunkt zugewendet wurden, gemäß § 748 BGB (analog) zurückzuzahlen.

(269) vgl. § 6 I 3 c

3. Kapitel: Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft am Familienheim

§ 8 Problemstellung

Mit dem Scheitern der Ehe erlangt die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft am Familienheim für die Rechtspraxis erhebliche Bedeutung. Haben sich die Ehegatten getrennt, so wird das Haus nicht mehr als Familienheim genutzt. Zu den monatlichen Belastungen aus dem Erwerb des Grundstücks kommen noch zusätzliche Kosten durch die Unterhaltsverpflichtungen gegenüber dem berechtigten Ehepartner und den Kindern. Diese Tatsache führt häufig dazu, daß der unterhaltspflichtige Ehegatte das Familienheim verkaufen will. Das ist unproblematisch, soweit sich die Ehegatten über einen Verkauf oder eine Eigentumsübertragung an den Partner gegen eine Abfindung einigen können. Probleme entstehen jedoch, wenn einer der Ehegatten gegen den Widerstand des anderen das Familienheim veräußern will. Fraglich ist, ob eine solche einseitige Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft am Familienheim möglich ist.

§ 9 Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch Teilungsversteigerung und Teilung des Erlöses

Eine Bruchteilsgemeinschaft nach §§ 741 ff. BGB ist regelmäßig nicht für die Dauer bestimmt⁽²⁷⁰⁾. Der Gesetzgeber hat deshalb in § 749 Abs. 1 BGB angeordnet, daß jeder Teilhaber jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen kann. Die Art der Aufhebung richtet sich, sofern sich die Teilhaber nicht über einen Verkauf oder eine andere Verwertung einigen, nach den gesetzlichen Bestimmungen gemäß §§ 752-754 BGB.

Da bei einem Familienheim die Teilung in Natur ausgeschlos-

(270) Staudinger/Huber, § 749 Rz. 2

sen ist, erfolgt die Aufhebung nach § 753 Abs.1 Satz 1 BGB durch Zwangsversteigerung und durch Teilung des Erlöses. Auf den Antrag eines Teilhabers wird die in §§ 180 ff. ZVG geregelte Teilungsversteigerung, die eine Art freihändiger Verkauf unter bestimmten Rechtsgarantien ist⁽²⁷¹⁾, zwecks Aufhebung der Gemeinschaft angeordnet.

Durch die Teilungsversteigerung wird die Gemeinschaft allerdings nicht aufgehoben, sondern die Aufhebung wird nur vorbereitet⁽²⁷²⁾. Zwar führt der Zuschlag im Versteigerungsverfahren nach § 90 ZVG zum Verlust des Eigentums am Familienheim, doch steht der Versteigerungserlös den Ehegatten gemeinschaftlich zu. Die Gemeinschaft setzt sich also an dem Erlös fort. Erst dessen Verteilung führt zur Beendigung der Bruchteilsgemeinschaft⁽²⁷³⁾.

§ 10 Beschränkungen der Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim

Das Recht, jederzeit die Aufhebung der Bruchteilsgemeinschaft verlangen zu können, besteht nur, soweit sich durch Gesetz oder Rechtsgeschäft nicht etwas anderes ergibt^(273 a). Eine solche Einschränkung des Aufhebungsrechts könnte sich bei der Gemeinschaft am Familienheim unter Ehegatten ergeben. Das Haus sollte der Familie auf Dauer als Wohnung dienen. Die Aufhebung der Gemeinschaft hätte aber zur Folge, daß der Familie die räumliche Grundlage entzogen würde. Es fragt sich daher, ob dem in § 749 Abs.1 BGB garantierten Recht nicht familienrechtliche Gründe entgegenstehen. Außer-

(271) BGHZ 13,133;

Schiffhauer, ZIP 1982,527; Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, § 180 Anm.VII 1 a

(272) OLG Neustadt, JR 1952,212;

Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, § 180 Anm.III 3;
Steiner/Riedel, § 180 Anm.6,16; Zeller/Stöber, § 180 Anm.1 (3) a

(273) BGH, WPM 1966,577(578); OLG Neustadt, JR 1952,212;
Steiner/Riedel, § 180 Anm.16

(273 a) Motive II, S.879; Staudinger/Huber, § 749 Rz.2 ff., 37 ff.

dem könnten aufgrund der familienrechtlichen Bindungen Hinderungsgründe bestehen, die Aufhebung im Wege der Teilungsversteigerung durchzuführen.

I. Materiell-rechtliche Aufhebungsbeschränkungen

1. Beschränkung durch § 1365 Abs.1 BGB

a) Meinungsstand

Umstritten ist, ob das Verlangen eines Ehegatten, die Gemeinschaft am Familienheim durch Teilungsversteigerung aufzuheben, der Zustimmung durch seinen Partner nach § 1365 Abs.1 BGB bedarf, wenn die Ehegatten in Zugewinnngemeinschaft leben.

In der Rechtsprechung und Literatur ist man sich insoweit noch einig, daß § 1365 Abs.1 BGB nicht unmittelbar anwendbar ist, da der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung weder als eine Verfügung noch als eine Verpflichtung zu einer Verfügung zu werten sein soll⁽²⁷⁴⁾.

Auch die analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB wird zum Teil abgelehnt⁽²⁷⁵⁾. Es wird eingewendet, daß § 1365 Abs.1 BGB eine Ausnahmenvorschrift gegenüber dem in § 1364 BGB festgelegten Grundsatz der Verwaltungs- und Verfügungsfreiheit der Ehegatten ist. Sie soll daher nicht extensiv ausgelegt werden dürfen⁽²⁷⁶⁾. Sinn und Zweck des § 1365 Abs.1 BGB sei es, die Vermögensgrundlage der Familie sowie den künftigen Zugewinnausgleichsanspruch zu sichern⁽²⁷⁷⁾.

(274) statt aller OLG Celle, FamRZ 1961,30(31); OLG Hamm, FamRZ 1979,128(128-129); Erman/Heckelmann, § 1365 Rz.14

(275) KG, NJW 1971,711; LG Karlsruhe, FamRZ 1966,355(357); LG Konstanz, NJW 1966,2115(2116); Gernhuber, § 35 II 10; Holzhauser, Familienrecht, S.77-78; MK/Gernhuber, § 1365 Rz.55; Schiffhauer, FamRZ 1966,338

(276) LG Karlsruhe, FamRZ 1966,355(357); LG Konstanz, NJW 1966,2115(2116)

(277) LG Konstanz, NJW 1966,2115(2116)

Genügenden Schutz vor dem Entzug der wirtschaftlichen Grundlage der Familie biete einerseits § 1353 Abs.1 S.2 BGB. Der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung könne eine Verletzung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft sein⁽²⁷⁸⁾, so daß dem anderen Ehegatten ein die Versteigerung hinderndes Recht im Sinn des § 37 Z.5 ZVG zustehe⁽²⁷⁹⁾. Andererseits sei die Zugewinnausgleichsforderung durch den Anspruch auf Sicherheitsleistung nach § 1389 BGB gesichert⁽²⁸⁰⁾.

Dagegen hält die Rechtsprechung und Rechtslehre heute ganz überwiegend die analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB für erforderlich, wenn die Gemeinschaft am Familienheim im Wege der Teilungsversteigerung aufgehoben werden soll⁽²⁸¹⁾. Damit

(278)siehe FN.275; Gernhuber, § 19 II 3, § 35 II 10

(279)LG Karlsruhe, FamRZ 1966,355(357)

(280)KG, NJW 1971,711

(281)OLG Celle, FamRZ 1961,30(31-32); OLG Karlsruhe, FamRZ 1964,573; OLG Koblenz, NJW 1967,1139(1140); OLG Köln, NJW 1968,2250; OLG Karlsruhe, FamRZ 1970,194; OLG Köln, NJW 1971,2312(2313); Schl ObLG, SchlHA 1972,184(185); OLG Frankfurt, Rpfleger 1975,330(330-331); Bay ObLG, FamRZ 1979,290(291); OLG Hamm, FamRZ 1979,128(129); OLG Koblenz, Rpfleger 1979,202 und 203; Bay ObLG, FamRZ 1981,46(47); OLG Düsseldorf, FamRZ 1981,879; OLG Celle, Rpfleger 1981,69; OLG Stuttgart, FamRZ 1982,401; Hans.OLG, MDR 1982,330(LS); OLG Bremen, FamRZ 1984,272(273); Bay ObLG, FamRZ 1985,1040(1041); LG Hildesheim, MDR 1961,63-64; LG Augsburg, Rpfleger 1965,15(16); LG München I, FamRZ 1965,511(512); LG Stuttgart, FamRZ 1968,31(LS); LG Saarbrücken, Rpfleger 1974,275; LG Krefeld, MDR 1976,843; AG Idstein, FamRZ 1983,709; Böttcher, Rpfleger 1985,3; Brüggemann, FamRZ 1969,680; Dölle, § 52 I 1; Drischler, KTS 1981,399; Erman/Heckelmann, § 1365 Rz.14; Göppinger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, Rz.522 a; Haegeler, Rpfleger 1967,205; Jauernig/Schlechtriem, § 1365 Anm.1 3; Meikel/Imhof/Riedel, GBO, § 33 Anm.17 b; Meyer-Stolte, Rpfleger 1984,157; Mohrbutter/Drischler, Muster 179 Anm.4 A; Palandt/Diederichsen, § 1365 Anm.2 a; RGRK/Finke, § 1365 Rz.20; RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rz.85; Riggers, Jur Büro 1969,108; Schiffhauer, ZIP 1982,528-529(anders noch in der FamRZ 1966,338); Soergel/Lange, § 1365 Rz.41; Staudinger/Huber, § 749 Rz.66; Staudinger/Thiele, § 1365 Rz.46; Steiner/Riedel, § 181 Anm.5 (4 c a); Stöber/Schiffhauer, Rz.228; Storz, S.13; Weimar, NJW 1959,1479; Zeller/Stöber, § 180 Anm.4 (3) b VI

werde dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift Rechnung getragen. Das Teilungsversteigerungsverfahren führe zu einer Veräußerung und damit unter Umständen zu einer Gefährdung der Vermögensgrundlage der Familie. Ohne die Zustimmungspflicht nach § 1365 Abs.1 BGB sei die Einleitung und Durchführung dieses Verfahrens in das Belieben des antragstellenden Ehegatten gestellt. Es könne aber nicht ausschlaggebend sein, ob der Ehegatte sein Grundstück rechtsgeschäftlich veräußere oder ob das Vollstreckungsgericht auf Betreiben dieses Ehegatten durch Zuschlag nach § 90 ZVG einen auf originärem Staatsakt beruhenden Eigentumsübergang herbeiführe⁽²⁸²⁾.

Der Schutzzweck des § 1365 Abs.1 BGB werde auch nicht durch die Möglichkeit des anderen Ehegatten gewährleistet, eine Sicherheitsleistung nach § 1389 BGB für den zukünftigen Zugewinnausgleich verlangen zu können. Denn die Voraussetzungen der Vorschrift würden in der Regel nicht vorliegen⁽²⁸³⁾. Die gegenteilige Meinung mute dem anderen Ehegatten unnötigerweise zu, auf vorzeitigen Zugewinnausgleich zu klagen oder einen Scheidungsantrag zu stellen⁽²⁸⁴⁾. Deshalb wird überwiegend angenommen, daß der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung der Zustimmung bedarf⁽²⁸⁵⁾.

Eine Mindermeinung hält dagegen erst den Zuschlag durch das Vollstreckungsgericht für zustimmungsbedürftig, da der Versteigerungsantrag nur Verfahrensvoraussetzung sei und die

(282) OLG Koblenz, NJW 1967, 1139 (1140); OLG Köln, NJW 1968, 2250; Bay ObLG, FamRZ 1979, 290 (291); OLG Hamm, FamRZ 1979, 128 (129); LG Augsburg, Rpfleger 1965, 15 (16); Weimar, NJW 1959, 1479

(283) Erman/Heckelmann, § 1365 Rz. 14; ähnlich Soergel/Lange, § 1365 Rz. 41

(284) Soergel/Lange, § 1365 Rz. 41

(285) statt aller OLG Hamm, FamRZ 1979, 128 (129); OLG Düsseldorf, FamRZ 1981, 879; OLG Celle, Rpfleger 1981, 69; OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 401; OLG Bremen, FamRZ 1984, 272 (273); Bay ObLG, FamRZ 1985, 1040 (1041); Riggers, Jur Büro 1969, 108; Stöber/Schiffhauer, Rz. 228; Steiner/Riedel, § 181 Anm. 5 (4 c a); Storz, S. 13; Weimar, NJW 1959, 1479; Zeller/Stöber, § 180 Anm. 4 (3) b VI

Rechtsänderung mit der Zuschlagserteilung eintrete⁽²⁸⁶⁾.

Auch die Lösungsvorschläge zu der Frage, wie lange das Teilungsversteigerungsverfahren wegen des Fehlens der Zustimmung nicht durchgeführt werden kann, sind kontrovers. Zum Teil wird die Auffassung vertreten, daß der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung trotz rechtskräftiger Scheidung zustimmungsbedürftig bleibt, solange der Zugewinnausgleichsanspruch dadurch gefährdet wird⁽²⁸⁷⁾.

Diese Meinung hat sich in der Rechtsprechung und Rechtslehre jedoch nicht durchgesetzt. Überwiegend wird angenommen, daß die Zustimmungsbedürftigkeit für eine während der Ehe beantragte Teilungsversteigerung mit Rechtskraft der Scheidung entfällt⁽²⁸⁸⁾. Eine Gefährdung der Ausgleichsforderung brauche sich durch die Teilungsversteigerung nicht mehr zu ergeben. Aufgrund der Dauer dieses Verfahrens könne der berechtigte Ehegatte seinen Ausgleichsanspruch durch Zugriff auf den Miteigentumsanteil am Grundstück und danach am Versteigerungserlös durchsetzen⁽²⁸⁹⁾.

b) Stellungnahme

aa) Unmittelbare Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB

Durch § 1365 Abs.1 BGB wird die Verfügungsfreiheit von Ehegatten, die im gesetzlichen Güterstand leben, eingeschränkt. Nach dieser Vorschrift kann sich ein Ehegatte nur mit der Einwilligung seines Partners verpflichten, über sein Vermö-

(286) LG München I, FamRZ 1965, 511 (512);
Drischler, KTS 1981, 399; Haegele, Rpfleger 1967, 205;
Mohrbutter/Drischler, Muster 179 Anm.4 A

(287) Bay ObLG, FamRZ 1981, 46 (47);
Schiffhauer, ZIP 1982, 529

(288) OLG Celle, FamRZ 1983, 591; LG Braunschweig, Rpfleger 1985, 76; wohl auch AG Idstein, FamRZ 1983, 709;
Böttcher, Rpfleger 1985, 3; RGRK/Finke, § 1365 Rz. 21;
Zeller/Stöber, § 180 Anm.4 (3) b XI

(289) OLG Celle, FamRZ 1983, 591; Böttcher, Rpfleger 1985, 4;
Zeller/Stöber, § 180 Anm.4 (3) b XI

gen im ganzen zu verfügen. Eine ohne die Zustimmung eingegangene Verpflichtung kann er nur erfüllen, wenn der andere Ehegatte einwilligt. Das in § 749 Abs.1 BGB garantierte Aufhebungsrecht wird also beschränkt, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch die Teilungsversteigerung als eine Verpflichtung oder eine Verfügung über den Miteigentumsanteil anzusehen ist. Weiterhin muß dieser Anteil das gesamte oder nahezu das gesamte Vermögen des aufhebungswilligen Ehegatten ausmachen^(289 a).

Sowohl die Verpflichtung als auch die Verfügung setzen ein Handeln voraus. Einzige erforderliche Rechtshandlung für die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim ist der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung. Dieser ist aber nur eine Voraussetzung für das Teilungsversteigerungsverfahren. Eine Verpflichtung, über das Vermögen im ganzen zu verfügen, enthält der Antrag nicht, denn er hat keine bindende Wirkung. Er kann bis zum Zuschlag jederzeit wieder zurückgenommen werden, §§ 180 Abs.1,29 ZVG.

Wie die Rechtsprechung und Literatur weiterhin zu Recht annehmen, handelt es sich bei dem Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung auch um keine Verfügung im Sinn des § 1365 Abs.1 BGB. Unter einer Verfügung wird im Bürgerlichen Recht ein Rechtsgeschäft verstanden, durch das auf ein Recht unmittelbar eingewirkt wird, indem es übertragen, belastet, aufgehoben oder inhaltlich geändert wird⁽²⁹⁰⁾. Der Antrag hat indes keine unmittelbare Rechtsänderung zur Folge⁽²⁹¹⁾. Er leitet nur das Verfahren ein, durch das die Rechtsänderung letztlich eintritt. § 1365 Abs.1 BGB ist deshalb zur Beschränkung des in § 749 Abs.1 BGB garantierten Aufhebungsrechts nicht unmittelbar anwendbar.

(289 a) BGHZ 35,135(143-144); BGHZ 43,174(174,176); BGHZ 77, 293(295 f.); BGH, NJW 1984,609(609-610); MK/Gernhuber, § 1365 Rz.12; Palandt/Diederichsen, § 1365 Anm.2 a; Schlüter, § 12 III 1 b

(290) RGZ 49,415(416); RGZ 90,395(399); RGZ 106,109(112); BGHZ 1,294(304); Schiffhauer, FamRZ 1960,185; Staudinger/Thiele, § 1365 Rz.36

(291) OLG Hamm, FamRZ 1979,128(129)

bb) Analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB

Ein Ehegatte, der nach § 1365 Abs.1 BGB gehindert ist, über seinen Grundstücksanteil rechtsgeschäftlich zu verfügen, könnte die Zustimmungspflichtigkeit umgehen, indem er die Teilungsversteigerung betreibt. Denn durch den Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung wird ein Verfahren eingeleitet, das zur Veräußerung des Familienheims führt und damit eine Rechtsänderung zur Folge hat. Der Antrag ist also in seiner Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Verfügung über den Grundstücksanteil wirtschaftlich vergleichbar und rechtlich ähnlich⁽²⁹²⁾. Aufgrund dieser Übereinstimmung könnte die analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB geboten sein.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, wegen der §§ 1353 Abs.1 S.2, 1389 BGB bestehe für die entsprechende Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB kein Bedürfnis⁽²⁹³⁾. Zwar schützt § 1389 BGB den ausgleichsberechtigten Ehegatten vor einer Schmälerung seines Rechts auf Zugewinnausgleich, indem ihm ein Anspruch auf Sicherheitsleistung gegeben wird. Das setzt jedoch voraus, daß die Klage auf vorzeitigen Zugewinnausgleich, auf Nichtigterklärung oder Aufhebung der Ehe erhoben oder der Scheidungsantrag gestellt ist. Dem anderen Ehegatten wird also zur Sicherung seines Rechts zugemutet, zu einem Zeitpunkt, in dem diese Voraussetzungen noch nicht vorliegen, entweder auf vorzeitigen Zugewinnausgleich zu klagen oder einen Scheidungsantrag zu stellen⁽²⁹⁴⁾. Zudem geht es § 1365 Abs.1 BGB um die Sicherung der wirtschaftlichen Grundlage der Familie und damit um einen Schutz, den § 1389 BGB nicht bezweckt. Auch das Argument, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB Schutz vor dem Entzug der Existenzgrundlage bieten kann, steht der entsprechenden Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB nicht entgegen. Die Gegenmeinung verkennt den

(292) Bay ObLG, FamRZ 1979, 290 (291);

Soergel/Lange, § 1365 Rz.41

(293) so aber KG, NJW 1971, 711; LG Karlsruhe, FamRZ 1966, 355 (357); Gernhuber, § 35 II 10

(294) Erman/Heckelmann, § 1365 Rz.14; Soergel/Lange, § 1365 Rz.41

speziellen Charakter, den § 1365 BGB für die Zugewinnsgemeinschaft gegenüber der Generalklausel der Eheweche hat.

Die Tatsache, daß die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch die Teilungsversteigerung mit den in § 1365 Abs.1 BGB geregelten Fällen wirtschaftlich vergleichbar ist und ein Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung besteht, rechtfertigt noch nicht die analoge Anwendung. Voraussetzung ist, daß der Gesetzgeber eine solche Regelung nicht absichtlich unterlassen hat. Das Fehlen einer dem § 1365 Abs.1 BGB entsprechenden Schutzbestimmung muß von den gesetzgeberischen Wertungen aus betrachtet als eine "planwidrige Unvollständigkeit" erscheinen⁽²⁹⁵⁾.

Den Materialien zum GleichberG, durch das § 1365 BGB in der jetzigen Fassung eingeführt wurde, ist insoweit nichts zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat zu dem Problem, ob die von einem Ehegatten beantragte Teilungsversteigerung eines Hausgrundstücks der Zustimmung des Partners bedarf, nicht Stellung genommen. In einem ähnlichen Fall hat der Gesetzgeber die Teilungsversteigerung jedoch ausdrücklich von einer Zustimmung abhängig gemacht. So kann der Antrag auf Teilungsversteigerung eines im Miteigentum stehenden Grundstücks von dem Vormund eines Miteigentümers nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gestellt werden, § 181 Abs.2 S.2 ZVG. Diese Vorschrift beruht auf einem Beschluß der Gesetzgebungskommission für den 2.Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Zum Schutze des Mündelvermögens sollte in das BGB eine Bestimmung aufgenommen werden, nach der ein Vormund über ein Grundstück seines Mündels nicht ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verfügen darf. Der Gesetzgeber war sich dabei bewußt, daß auch der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung des Grundstücksanteils zu einer Veräußerung führt, obwohl es sich nicht um eine Verfügung handelt⁽²⁹⁶⁾. Er hat es daher für gerechtfertigt gehalten, den Antrag wie eine Verfügung zu behandeln und ihn an die Geneh-

(295)Canaris, S.31 ff.; Larenz, Methodenlehre, S.358

(296)vgl. Protokolle IV, S.795

migung des Vormundschaftsgerichts zu binden⁽²⁹⁷⁾. Die Regelung wurde dann nicht in das BGB, sondern als Klarstellung in das ZVG aufgenommen.

Aus dem Fehlen einer dem § 181 Abs.2 S.2 ZVG entsprechenden Vorschrift kann nun nicht geschlossen werden, der Gesetzgeber habe den Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung eines Familienheims nicht für zustimmungsbedürftig gehalten. Der Umstand, daß auf die Problematik bei der Einführung des § 1365 BGB nicht eingegangen wurde, läßt eher vermuten, daß eine solche Regelung versehentlich unterblieben ist⁽²⁹⁸⁾.

Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Vorschrift ist es weiterhin, daß ihr Grundgedanke das Erfassen des nicht geregelten Sachverhalts rechtfertigt. Dieser Ansatz bedarf im Fall des § 1365 BGB noch der Konkretisierung. Bei § 1365 Abs.1 BGB handelt es sich um eine Ausnahme von dem Prinzip des § 1364 BGB, nach dem jeder Ehegatte sein Vermögen frei und selbständig verwaltet. Kennzeichnend für solche Ausnahmegestaltungen ist es, daß ihnen ein besonderer Schutzzweck zugrunde liegt, der es rechtfertigt, von dem Grundsatz eine Ausnahme zu machen. Das bedeutet aber nicht, daß sie der Analogie nicht fähig sind⁽²⁹⁹⁾. Die sinngemäße Anwendung ist nur dann ausgeschlossen, wenn die gewollte Ausnahme gefährdet würde⁽³⁰⁰⁾. Eine Ausnahmegestaltung ist demnach analog anwendbar, wenn ihr spezieller Schutzzweck das Erfassen des nicht geregelten Falls erfordert und der Grundsatz, dessen Ausnahme sie bildet, nicht beeinträchtigt wird.

Festzustellen ist, daß § 1365 Abs.1 BGB einen doppelten Zweck hat. Die Zustimmungspflicht bestimmter Rechtsge-

(297)Protokolle IV, S.795

(298)so auch OLG Koblenz, NJW 1967,1139(1140); OLG Köln, NJW 1968,2250; OLG Frankfurt, Rpfleger 1975,330; OLG Hamm, FamRZ 1979,128(129 f.); a.A.:Siegelmann, ZMR 1968,33

(299)OLG Hamm, FamRZ 1979,128(129); Erman/Heckelmann, § 1365 Rz.14

(300)OLG Koblenz, NJW 1967,1139(1140); OLG Hamm, FamRZ 1979,128(129)

schäfte soll die Familie einerseits davor schützen, daß ihre finanzielle und wirtschaftliche Grundlage durch einseitige Handlungen eines Ehegatten gefährdet wird. Zugleich soll die Vorschrift den bei der Beendigung des Güterstandes entstehenden Zugewinnausgleich sichern⁽³⁰¹⁾.

Entgegen der gesetzgeberischen Absicht erfaßt § 1365 Abs.1 BGB aber nicht alle denkbaren Beeinträchtigungen. So wird der Schutzzweck des § 1365 Abs.1 BGB durch die Teilungsversteigerung des Familienheims gefährdet. Zwar führt das Verfahren zu einem Erlös für das Familienheim, doch liegt in der Praxis schon das Meistgebot häufig erheblich unter dem Verkehrswert des Grundstücks⁽³⁰²⁾. Der Erlösüberschuß, der sich nach dem Abzug der durch die Teilungsversteigerung entstehenden Verfahrenskosten ergibt, ist dann weit geringer als der im Wege des freihändigen Verkaufs zu erzielende Preis. Der Schutzzweck wird also nicht erreicht, wenn der aufhebungswillige Ehegatte über seinen Grundstücksanteil nicht verfügen dürfte, ihn aber andererseits zur Versteigerung bringen könnte. Diese Tatsache spricht für die analoge Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB.

Dem steht auch § 749 BGB nicht entgegen. Die durch diese Vorschrift garantierte Aufhebungsfreiheit wird nur eingeschränkt, jedoch nicht ausgeschlossen. In Fällen, in denen der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung des Familienheims den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen Verwaltung nach § 1365 Abs.2 BGB entspricht - wenn wirtschaftliche Gründe für die Aufhebung sprechen und die Teilungsversteigerung mit der ehelichen Lebensgemeinschaft vereinbar ist⁽³⁰³⁾ -, kann die Zustimmung durch das Vormundschaftsge-

(301) Reg.-Begr., BT-Drucks.II/224 Anlage 1, S.41; Seidl, BT-Drucks.II/3409, S.6; BGHZ 35,135(137); BGHZ 43,174; BGHZ 40,218(219); Bay ObLG, FamRZ 1975,211(212); Döhlle, § 52 I; Erman/Heckelmann, § 1365 Rz.2; Lorenz, JZ 1959, 105; Reinicke, BB 1960,1002-1003; Schlüter, § 12 III; Staudinger/Thiele, § 1365 Rz.2

(302) Schiffhauer, ZIP 1982,665

(303) Bay ObLG, NJW 1975,833-834; MK/Gernhuber, § 1365 Rz.91; RGRK/Finke, § 1365 Rz.38; Soergel/Lange, § 1365 Rz.66; Staudinger/Thiele, § 1365 Rz.76

richt ersetzt werden.

Als Zwischenergebnis läßt sich also festhalten, daß der Schutzzweck des § 1365 Abs.1 BGB durch die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim im Wege der Teilungsversteigerung genauso gefährdet wird wie durch eine rechtsgeschäftliche Verfügung. Die wirtschaftliche und rechtliche Übereinstimmung ist daher so bedeutsam, daß sie die rechtliche Gleichbehandlung rechtfertigt.

Zustimmungsbedürftig ist insoweit schon der Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung des Familienheims. Er ist die einzige für das Verfahren erforderliche Rechtshandlung des aufhebungswilligen Ehegatten. Nur der Antrag kann der Verfügung nach § 1365 Abs.1 BGB, die begrifflich ein Handeln voraussetzt, gleichgestellt werden. Dagegen bedarf der Zuschlag, durch den der Ersteher nach §§ 180 Abs.1, 90 ZVG Eigentümer des Grundstücks wird, keiner unmittelbaren Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten. Er ist beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen zu erteilen. Die gegenteilige Ansicht, die erst den Zuschlag für zustimmungsbedürftig hält, verstößt zudem gegen den Grundsatz der Prozeßökonomie⁽³⁰⁴⁾. Die Durchführung des kostspieligen Versteigerungsverfahrens ist nicht sinnvoll, wenn der Zuschlag am Ende versagt werden muß, weil der Ehepartner nicht zugestimmt und das Vormundschaftsgericht die Zustimmung nicht ersetzt hat.

Schließlich ist § 1365 Abs.1 BGB im Fall der Teilungsversteigerung eines Familienheims nur bis zur Beendigung des gesetzlichen Güterstandes analog anwendbar. Mit diesem Zeitpunkt wird der Schutzzweck des § 1365 Abs.1 BGB nicht mehr gefährdet. Bei der Teilungsversteigerung geht das Eigentum am Familienheim erst mit dem Zuschlag auf den Ersteher über. Ein zeitliches Zusammenfallen des Zuschlags mit dem Entstehen des Ausgleichsanspruchs bei einer vor der Beendigung

(304) Soergel/Lange, § 1365 Rz.41

der Zugewinnngemeinschaft beantragten und danach fortgesetzten Teilungsversteigerung scheidet damit aus. Infolge der langen Verfahrensdauer hat der berechnigte Ehegatte die Möglichkeit, seinen Anspruch auf Zugewinnausgleich durchzusetzen⁽³⁰⁵⁾. Der herrschenden Meinung ist daher zuzustimmen, daß es der analogen Anwendung des § 1365 Abs.1 BGB nach der Ehescheidung bzw. der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes in sonstiger Weise nicht mehr bedarf.

2. Beschränkung durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB

a) Meinungsstand

In der Rechtsprechung und Rechtslehre besteht Einigkeit darüber, daß § 1353 Abs.1 S.2 BGB das Aufhebungsrecht nach § 749 BGB beschränken kann. Unterschiede bestehen nur in Bezug auf den Umfang der Beschränkung. So wird in der Literatur zum Teil vertreten, daß der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft generell ausgeschlossen wird⁽³⁰⁶⁾.

Den Ausschluß jeglicher Aufhebung der Gemeinschaft durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB erkennen die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur aber nicht an⁽³⁰⁷⁾. Kein Ehegatte

(305)OLG Celle, FamRZ 1983,591; Zeller/Stöber, § 180 Anm.4 (3) b XI

(306)so wohl MK/Wacke, § 1353 Rz.30; Staudinger/Felgentraeger(10./11.Auflage), Vorbem.18 vor § 1414; Thiele, FamRZ 1958,120

(307)BGHZ 37,38(41 f.); bestätigt durch BGH, FamRZ 1972, 363(364); KG, NJW 1971,711; LG Karlsruhe, FamRZ 1966, 355(357); LG Köln, MDR 1970,418; Beitzke, § 15, 2; Erman/Heckelmann, § 1353 Rz.17; Gernhuber, § 19 II 3; Göppinger, Vereinbarungen anläßlich der Ehescheidung, Rz.522 a; Holzhauer, Familienrecht, S.78; Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm.2 b ff(a.E.); Reinicke, DB 1965, 1353; Rolland, § 1353 Rz.12; Soergel/Lange, § 1353 Rz.26; Steiner/Riedel, § 181 Anm.9 (5 c); Streck, S.107; Zeller/Stöber, § 180 Anm.4 (3) b XIII

soll ein Recht auf bedingungslosen Fortbestand des äußeren gegenständlichen Bereichs der Ehe haben⁽³⁰⁸⁾. Im Fall der Teilungsversteigerung eines Familienheims soll eine Interessenabwägung darüber entscheiden, ob das Aufhebungsrecht durch die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft beschränkt wird. Das Interesse des antragstellenden Ehegatten an der Durchsetzung seines Anspruchs soll mit dem berechtigten Interesse des Ehepartners am Schutz des räumlichen Bereichs der Ehe abgewogen werden⁽³⁰⁹⁾. Dabei will der BGH die Beweggründe des antragstellenden Ehegatten besonders berücksichtigen, die ihn veranlassen, den Anspruch gegen seinen Partner durchzusetzen⁽³¹⁰⁾.

Dagegen will Gernhuber das Aufhebungsverlangen wegen eines Verstoßes gegen § 1353 Abs.1 S.2 BGB nur dann als unzulässig zurückweisen, wenn es von dem antragstellenden Ehegatten in "ehefeindlicher Absicht verfolgt wird"⁽³¹¹⁾.

b) Stellungnahme

Richtig ist, daß es in den Fällen, in denen § 1365 Abs.1 BGB zu keiner Beschränkung des Aufhebungsanspruchs führt, nicht unberücksichtigt bleiben kann, daß die Teilhaber der Gemeinschaft am Familienheim Ehegatten sind. Dieses Gemeinschaftsverhältnis kann nicht isoliert betrachtet werden. Es ist nur eine von vielen Rechtsbeziehungen der Ehegatten im Rahmen ihrer ehelichen Lebensgemeinschaft, zu der sie gemäß § 1353 Abs.1 S.2 BGB verpflichtet sind. Fraglich ist deshalb, ob die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch diese Vorschrift beschränkt werden kann.

Ein ausdrücklicher Ausschluß des Aufhebungsrechts nach § 749 BGB ergibt sich aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB nicht. Als General-

(308)BGHZ 37,38(42)

(309)BGHZ 37,38(42); OLG Karlsruhe, FamRZ 1966,355(357);
LG Köln, MDR 1970,418; Johannsen, WPM 1978,508;
Steiner/Riedel, § 181 Anm.9 (5 c)

(310)BGHZ 37,38(42)

(311)Gernhuber, § 19 II 3

klausel hat sie für das Eherecht aber eine ähnlich umfassende Bedeutung wie § 242 BGB für das Vertragsrecht⁽³¹²⁾. Sie begründet nicht nur eine sittliche Verpflichtung für die Ehegatten, sondern eine Rechtspflicht⁽³¹³⁾, die sowohl für die persönlichen Beziehungen der Ehegatten als auch für ihre vermögensrechtlichen Beziehungen besteht⁽³¹⁴⁾. Durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB werden die Ehegatten zur ehelichen Lebensgemeinschaft und damit zu ehегerechtem Verhalten verpflichtet. Sie haben alles zu tun, was zur Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft erforderlich ist. Zugleich haben sie alles zu unterlassen, was diese Verwirklichung stört⁽³¹⁵⁾. Daraus folgt, daß die Ausübung subjektiver Rechte zwischen Ehegatten durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB nicht generell ausgeschlossen, sondern immer nur auf ehегerechte Formen beschränkt werden kann⁽³¹⁶⁾. Zur Lösung der Ausgangsfrage ist daher folgende Unterscheidung zu machen:

Die Aufhebung einer Gemeinschaft am Familienheim ist durch § 1353 Abs.1 S.2 BGB ausgeschlossen, wenn sie die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft stört oder den Auflösungsprozeß einer nicht mehr intakten Ehe beschleunigt. Dagegen wird die Aufhebung einer solchen Gemeinschaft nicht beschränkt, wenn sie zu keiner Zerrüttung der Ehe führt.

Geht man von diesem Ansatz aus, so gilt für die Aufhebung der Ehegattengemeinschaft am Familienheim folgendes: Die Teilungsversteigerung führt zum Verlust des Hauses, das für die Dauer der Ehe zum räumlichen Mittelpunkt der Familie bestimmt wurde. Der ehelichen Lebensgemeinschaft wird da-

(312) Motive IV, S.104; RG, JW 1924, 678(679); Bastian/Roth-Stielow, § 1353 Rz.5; Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm.2 a

(313) BGHZ 34, 80(84); BGHZ 37, 38(41); LG Köln, MDR 1970, 418; RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rz.13; Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm.2 a;
a.A.: MK/Wacke, § 1353 Rz.5, der insoweit nur von einer Obliegenheit ausgeht

(314) siehe FN.61

(315) Erman/Heckelmann, § 1353 Rz.5; RGRK/Roth-Stielow, Vorbem.5 vor § 1353; ähnlich Streck, S.90

(316) Gernhuber, § 18 IV 6; ähnlich Bastian/Roth-Stielow, § 1353 Rz.10

durch die räumliche Grundlage entzogen. Das Aufhebungsverlangen gegen den Willen des Ehepartners wird deshalb in der Regel die Zerrüttung der Ehe fördern und die eheliche Lebensgemeinschaft gefährden. Die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim ist dann mit § 1353 Abs.1 S.2 BGB nicht vereinbar.

Nur ausnahmsweise wird das einseitige Aufhebungsbegehren nicht gegen die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft verstoßen. Zu denken ist dabei an Fälle, in denen dem Ehepartner aus beruflichen oder finanziellen Gründen der Wechsel in eine andere Wohnung vorgeschlagen wird, die als Ehe- bzw. Familienwohnung geeignet ist. Eine Ausnahme wird auch dann zu machen sein, wenn die Ehegatten auf Dauer getrennt leben und die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht mehr in Betracht kommt. In solchen Fällen kann das Aufhebungsverlangen nicht als ein Verstoß gegen die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft angesehen werden, da die Ehe gescheitert ist und ein Recht zum Getrenntleben besteht⁽³¹⁷⁾.

3. Beschränkung durch § 242 (bzw. § 226) BGB

a) Meinungsstand

Zum Teil wird die Beschränkung des Anspruchs auf Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim aus § 242 (bzw. § 226) BGB hergeleitet⁽³¹⁸⁾. Die von einem Ehegatten beantragte Teilungsversteigerung soll nach dieser Meinung unzulässig

(317)ähnlich auch Staudinger/Huber, § 749 Rz.71

(318)BGH, NJW 1975,687(688);

Dassler/Schiffhauer/Gerhardt, § 180 III 2; Erman/Schulze-Wenck, § 749 Rz.2; Göppinger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, Rz.522 a; Herold, FWW 1977, 81; MK/Roth, § 242 Rz.450 ff.(452); Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm.2 b ff(a.E.); Steiner/Riedel, § 181 Anm.9 (5 a); Stöber/Schiffhauer, Rz.237; Teufel, Rpfleger 1976,89

sein, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft zu einer unzumutbaren Härte für den Ehepartner führt⁽³¹⁹⁾.

Dagegen will das LG Essen § 242 BGB zur Beschränkung des Aufhebungsanspruchs nur anwenden, wenn die Teilungsversteigerung für den anderen Ehegatten unzumutbar ist und das "Schikaneverbot" eingreift⁽³²⁰⁾. Ein derartiger Rechtsmißbrauch soll vorliegen, wenn der antragstellende Ehegatte seinem (früheren) Ehepartner durch die Teilungsversteigerung bewußt Nachteile zufügt, ohne selbst einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil durch die Rechtsausübung zu erlangen⁽³²¹⁾.

b) Stellungnahme

Zu Recht gehen die Rechtsprechung und Literatur davon aus, daß das Aufhebungsrecht durch § 242 BGB beschränkt werden kann. Voraussetzung ist, daß sich das Aufhebungsverlangen als eine unzulässige Rechtsausübung erweist. Trotz des durch seinen Wortlaut enger gesteckten Rahmens kann § 242 BGB auch die Ausübung subjektiver Rechte begrenzen⁽³²²⁾. Denn der Grundsatz von Treu und Glauben bedeutet für die an einem Rechtsverhältnis Beteiligten, daß sie bei der Ausübung ihrer Rechte auf die berechtigten Interessen der anderen Rücksicht zu nehmen haben⁽³²³⁾. Dieser in § 242 BGB enthaltene Gedanke muß dann für die Rechtsausübung zwischen Ehegatten aufgrund

(319)BGH, NJW 1975,687(688); Göppinger, aaO., Rz.522 a

(320)LG Essen, FamRZ 1981,457(458) zur Aufhebung einer Gemeinschaft zwischen Ehegatten, die je zu 1/2 Inhaber eines Wohnungserbbaurechts waren

(321)LG Essen, FamRZ 1981,457(458)

(322)RGZ 146,385(396); RGZ 152,147(150); BGHZ 19,72(75); Enneccerus/Lehmann, § 4 II; Erman/Sirp, § 242 Rz.73 f.; Gernhuber, JuS 1983,765; Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm.I 2; Larenz, Schuldrecht I, § 10 I; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.1 b, 4 C; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.37; Teufel, Rpfleger 1976,89

(323)BGHZ 19,72(75); Erman/Sirp, § 242 Rz.4; Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm.I 1 c; Soergel/Siebert/Knopp, § 242 Rz.1

ihrer engen familienrechtlichen Verbundenheit in besonderem Maß gelten.

Fraglich ist jedoch, wann das Verlangen eines Ehegatten, die Gemeinschaft am Familienheim aufzuheben, als eine unzulässige Rechtsausübung anzusehen ist. Das Problem besteht darin, daß § 242 BGB keine konkreten Tatbestandsmerkmale, sondern nur Wertmaßstäbe für die Abwägung der Interessen der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen enthält⁽³²⁴⁾.

Diese Tatsache bringt die Gefahr mit sich, daß § 242 BGB als allgemeine Billigkeitsnorm verwendet wird. Die Ergebnisse gerichtlicher Entscheidungen wären dann nicht mehr vorhersehbar. Um diese Gefahr für die Rechtssicherheit weitgehend auszuschließen, kann der Grundsatz von Treu und Glauben zur Beschränkung des in § 749 BGB garantierten Aufhebungsrechts nur in besonderen Ausnahmefällen zur Anwendung kommen. So ist es nicht ausreichend, daß der Ausübung des Rechts überwiegende Interessen des (früheren) Ehepartners entgegenstehen, denn ein rechtliches Interesse wird für den Aufhebungsanspruch nach § 749 BGB nicht gefordert. Der die Aufhebung betreibende Ehegatte braucht also von der Durchsetzung seines Rechts nicht deshalb abzusehen, weil die Rechtsausübung den früheren Partner zum Beispiel finanziell hart treffen würde⁽³²⁵⁾. Es müssen Umstände hinzukommen, die die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim durch die Teilungsversteigerung als eine unzumutbare, mit der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarende Benachteiligung des anderen Ehegatten erscheinen lassen⁽³²⁶⁾. Ausreichend, aber nicht Voraussetzung für die Anwendung des § 242 BGB ist insoweit das Eingreifen des Schikaneverbots, wie es das LG Essen fordert⁽³²⁷⁾. Sonst ergäbe sich der Ausschluß des Aufhebungsrechts schon aus § 226 BGB, der die Voraussetzungen und

(324) Erman/Sirp, § 242 Rz.43

(325) ähnlich RGZ 160,349(357 ff.);

Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm.II 2 b dd; RGRK/Alff,
§ 242 Rz.91;

(326) BGHZ 68,299(304);

Jauernig/Vollkommer, § 242 Anm.II 2 b dd

(327) LG Essen, FamRZ 1981,457(458)

Rechtsfolgen einer schikanösen Rechtsausübung regelt und damit ein spezieller Fall der unzulässigen Rechtsausübung nach § 242 BGB ist⁽³²⁸⁾. Es bestünde dann kein Unterschied mehr zwischen § 242 BGB und § 226 BGB, so daß es eines Rückgriffs auf den Grundsatz von Treu und Glauben nicht bedürfte.

Eine eigenständige Bedeutung für die Beschränkung der Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim hat § 242 BGB außerdem nur für die Zeit nach der Ehescheidung. Während der Ehe gilt die Generalklausel des § 1353 Abs.1 S.2 BGB. Diese Vorschrift schließt die Aufhebung aus, wenn die Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft dadurch verletzt würde⁽³²⁹⁾. Aus § 1353 Abs.1 S.2 BGB lassen sich also Folgerungen herleiten, die es unnötig machen, durch das Aufhebungsverlangen entstehende Rechtsmißbräuche während der Ehe mit Hilfe des § 242 BGB abzuwenden⁽³³⁰⁾.

II. Verfahrensrechtliche Aufhebungsbeschränkungen

1. Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs.2 ZVG

Nach dem Zwangsversteigerungsgesetz hat der Miteigentümer, der durch die Teilungsversteigerung betroffen wird, außerdem die Möglichkeit, Vollstreckungsschutz zu erlangen. Diese verfahrensrechtliche Beschränkung trägt den Besonderheiten der Teilungsversteigerung zur Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft Rechnung⁽³³¹⁾.

Nach § 180 Abs.2 S.1 ZVG ist das Verfahren auf Antrag eines Miteigentümers für längstens sechs Monate einstweilen einzustellen, wenn dies bei Abwägung der widerstreitenden In-

(328) Erman/Sirp, § 226 Rz.2; MK/Roth, § 242 Rz.246,249; Palandt/Heinrichs, § 242 Anm.2 c

(329) siehe § 10 I 2 b

(330) Staudinger/Schmidt, § 242 Rz.1412; ähnlich Gernhuber, JuS 1983,768-769

(331) Steiner/Riedel, § 180 Anm.18 (2)

teressen angemessen erscheint. Die Vorschrift soll verhindern, daß der wirtschaftlich stärkere Miteigentümer die Versteigerung durchsetzt, um den wirtschaftlich Schwächeren zu ungünstigen Bedingungen aus dem Grundstück zu drängen⁽³³²⁾. Dem wirtschaftlich schwächeren Miteigentümer soll eine Schonfrist gewährt werden, um den Hinderungsgrund für die Teilungsversteigerung beheben zu können⁽³³³⁾. Deshalb sind zur Begründung des Einstellungsverlangens nur Umstände geeignet, die sich auf die Zeit des Aufschubs beziehen. Sie müssen während der Einstellung behebbar sein⁽³³⁴⁾. Dagegen können Umstände, die gegen die Teilung als solche sprechen, nicht berücksichtigt werden⁽³³⁵⁾. Dies wird aber häufig der Fall sein, wenn die Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim beantragt wird, weil die Ehe gescheitert ist.

2. Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs.3 ZVG

Da § 180 Abs.2 ZVG bei der Teilungsversteigerung eines Familienheims oft nicht zur Einstellung des Verfahrens führt oder die Schonfrist nicht ausreichend ist, hat der Gesetzgeber eine spezielle Einstellungsmöglichkeit für Ehegatten eingeführt, die Miteigentümer eines Familienheims sind. Nach § 180 Abs.3 ZVG ist auf Antrag des Ehepartners oder des früheren Ehegatten die einstweilige Einstellung des Teilungsversteigerungsverfahrens anzuordnen, wenn dies zur Abwendung einer ernsthaften Gefährdung des Wohls eines gemeinschaftlichen Kindes erforderlich ist. Das Interesse des Ehegatten, der das Verfahren betreibt, an der alsbaldigen Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim soll also zurücktreten, wenn die Teilungsversteigerung die Wohn- oder die sonstigen Lebensverhältnisse gemeinschaftlicher Kinder nach-

(332)BGHZ 79,249(255-256);

Mohrbutter/Drischler, Muster 179 Nr.10; Zeller/Stöber, § 180 Rz.5 (2) c

(333)Mohrbutter/Drischler, Muster 179 Nr.10

(334)Zeller/Stöber, § 180 Rz.5 (2) c,e; ähnlich Jonas/Pohle, § 180 Anm.2 a

(335)Zeller/Stöber, § 180 Rz.5 (2) e

haltig verschlechtern würde⁽³³⁶⁾.

Um den Schutz des Kindes in vollem Umfang gewährleisten zu können, ist nach § 180 Abs.3 S.2 ZVG eine mehrfache Wiederholung der Einstellung zulässig. Die Teilungsversteigerung kann jedoch durch Anordnungen nach § 180 Abs.2,3 ZVG für höchstens fünf Jahre eingestellt werden, § 180 Abs.4 ZVG.

§ 11 Zusammenfassung

Der Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft kann jederzeit ihre Aufhebung verlangen. Dieses in § 749 Abs.1 BGB garantierte Recht besteht grundsätzlich auch, wenn es sich bei den Teilhabern um Ehegatten handelt, die Miteigentümer eines Familienheims sind. Ihre familienrechtliche Bindung kann allerdings dazu führen, daß das Aufhebungsrecht beschränkt ist bzw. der Teilungsversteigerung Hinderungsgründe entgegenstehen.

Bildet der Miteigentumsanteil eines Ehegatten sein ganzes Vermögen, so bedarf sein Antrag auf Anordnung der Teilungsversteigerung des Familienheims der Zustimmung des Ehepartners, wenn die Ehegatten in Zugewinnsgemeinschaft leben. § 1365 Abs.1 BGB ist zwar nicht unmittelbar anwendbar. Die sinngemäße Anwendung der Vorschrift ist jedoch geboten, da ihr Schutzzweck sonst gefährdet würde.

Der Aufhebung der Gemeinschaft am Familienheim kann auch § 1353 Abs.1 S.2 BGB entgegenstehen. Durch die Teilungsversteigerung des Hauses wird der ehelichen Lebensgemeinschaft die räumliche Grundlage entzogen. Soweit dadurch die Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft gestört wird, widerspricht die Aufhebung dem § 1353 Abs.1 S.2 BGB. Das Aufhebungsrecht wird in diesen Fällen durch die Generalklausel des Eherechts eingeschränkt.

(336) Reg.-Begr., BR-Drucks.501/84, S.36-37;
Reg.-Begr., BT-Drucks.10/2888, S.35-36

Das gleiche gilt gemäß § 242 BGB, wenn das Aufhebungsrecht rechtsmißbräuchlich ausgeübt werden soll. Eine eigenständige Bedeutung hat § 242 BGB im Verhältnis zu § 1353 Abs.1 S.2 BGB nur für die Zeit nach der Scheidung.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht besteht schließlich nach § 180 Abs.2,3 ZVG die Möglichkeit, Vollstreckungsschutz zu bekommen, wenn die Gemeinschaft am Familienheim durch Teilungsversteigerung und Verteilung des Erlöses aufgehoben werden soll.

4.Kapitel: Unterhaltsrechtliche Auswirkungen der Zins- und Tilgungslasten sowie der Nutzung des Familienheims

§ 12 Problemstellung

Mit der Trennung und der Scheidung der Ehegatten hat der die Zins- und Tilgungslasten allein tragende Ehegatte zusätzlich noch Unterhalt an den berechtigten Ehepartner und die gemeinsamen Kinder zu zahlen. Daraus ergibt sich die Frage, ob diese Schulden nicht als abzugsfähige Ausgaben des Unterhaltsverpflichteten bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen sind. Außerdem ist zu klären, ob sich auch die Nutzung des Familienheims unterhaltsrechtlich auswirkt, da die Erfüllung der Hauslasten dazu führt, daß in dem Haus mietfrei gewohnt werden kann.

§ 13 Berücksichtigung der Lasten und der Nutzung beim ehelichen und nachehelichen Unterhalt

I. Meinungsstand

1. Rechtsprechung

Nach der Rechtsprechung des BGH ist bei der Berechnung von Unterhaltsansprüchen auf Schulden in angemessener Weise Rücksicht zu nehmen, da die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen durch Verbindlichkeiten beeinflusst wird. Es soll aber unterschieden werden zwischen berücksichtigungsfähigen Schulden und solchen, die nicht angerechnet werden können. Dazu führt der BGH seit seiner grundlegenden Entscheidung vom 7.10.1981⁽³³⁷⁾ in ständiger Rechtsprechung aus, daß die Abgrenzung, ob bestimmte Verbindlichkeiten bei

(337)BGH, FamRZ 1982,23(24)

der Unterhaltsberechnung berücksichtigt werden können, nur im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung nach billigem Ermessen erfolgen kann. Kriterien wie der Zweck der Schulden, der Zeitpunkt und die Art ihrer Entstehung sowie die Kenntnis des Unterhaltspflichtigen von Grund und Höhe der Unterhaltsschuld sollen darüber entscheiden, ob die Verbindlichkeiten ganz, teilweise oder gar nicht anzurechnen sind⁽³³⁸⁾.

Handelt es sich dabei um Schulden, die von den Ehegatten einvernehmlich eingegangen wurden, so spricht dies nach Auffassung des BGH für ihre Berücksichtigung⁽³³⁹⁾. Das gleiche soll gelten, wenn es sich um Verbindlichkeiten für ein Eigenheim handelt, das von dem Unterhaltspflichtigen zur Deckung des Wohnbedürfnisses errichtet oder erworben worden ist⁽³⁴⁰⁾. Eine Einschränkung macht der BGH jedoch, wenn der Unterhaltspflichtige selber in dem Haus wohnt. In dem Fall sollen die Schulden nicht berücksichtigt werden, soweit sie den Wohnkosten entsprechen, die der Unterhaltspflichtige sonst im Rahmen seiner normalen Lebenshaltungskosten für die Wohnnutzung aufzubringen hätte⁽³⁴¹⁾.

Ausgehend von dem Lösungsansatz des BGH wollen die Oberlandesgerichte die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Lasten bei der Berechnung des Trennungsunterhalts der Ehegatten einkommensmindernd berücksichtigen⁽³⁴²⁾. Begründet wird die Auffassung mit dem Grundgedanken des § 1361 BGB,

-
- (338)BGH, FamRZ 1982,23(24);
bestätigt durch: BGH, FamRZ 1982,678(679);
BGH, FamRZ 1984,358(360); BGH, FamRZ 1984,657(658);
BGH, FamRZ 1984,898(899);
BGH, FamRZ 1982,157(158)(zum Kindesunterhalt)
- (339)BGH, FamRZ 1982,23(24); BGH, FamRZ 1982,678(679);
BGH, FamRZ 1984,657 ff.
- (340)BGH, FamRZ 1984,358(360)
- (341)BGH, FamRZ 1984,358(360)
- (342)OLG Stuttgart, FamRZ 1978,681(683); OLG Köln,
FamRZ 1981,1174(1175); OLG Düsseldorf, FamRZ 1982,
268-269; OLG Saarbrücken, FamRZ 1982,919(920);
OLG Braunschweig, Urt. v. 30.3.1982 - 2 UF 11/82,
Juris Dok.-Nr. 361220(LS)

nach dem der in der Ehe erreichte Lebensstandard nach Möglichkeit nicht verändert werden soll. Da diese Schulden schon während des Zusammenlebens der Ehegatten das dem Unterhalt zur Verfügung stehende Einkommen gemindert haben, sollen sie nach der Trennung der Ehegatten vom Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen abgezogen werden⁽³⁴³⁾.

Unterschiedlicher Meinung ist die Rechtsprechung indes hinsichtlich des Zeitraums, in dem die Schulden anzurechnen sind. Soweit von dem berechtigten Ehegatten Trennungsunterhalt nach § 1361 BGB geltend gemacht wird, will das OLG Saarbrücken die Hauslasten so lange berücksichtigen, wie eine Aussöhnung der Ehegatten noch in Betracht kommt oder es erforderlich ist, die auf der gemeinsamen Lebensplanung beruhenden Dispositionen in einer wirtschaftlich vernünftigen Weise den veränderten Verhältnissen anzupassen⁽³⁴⁴⁾.

Für das OLG Stuttgart ist es entscheidend, ob es dem unterhaltspflichtigen Ehegatten zugemutet werden kann, das Haus zu veräußern, um die Verbindlichkeiten zu erfüllen⁽³⁴⁵⁾. Das Gericht verneint eine Verwertungsobliegenheit, wenn die Ehegatten erst kurze Zeit getrennt leben, da sonst ein ehefeindliches Verhalten verlangt würde. Die gesamten Schulden sollen daher so lange von dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgesetzt werden können, wie er auch den auf seinen Partner entfallenden Anteil zahlt. Bei längerdauernder Trennung der Ehegatten soll allerdings eine Änderung in Betracht kommen, da es dem unterhaltspflichtigen Ehegatten dann zuzumuten sei, das Haus zu verwerten oder allein zu übernehmen⁽³⁴⁶⁾.

Konkreter äußert sich das OLG Düsseldorf. Dieses Gericht hält es für gerechtfertigt, die Schulden zumindest bis zur

(343) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 681(683); OLG Köln, FamRZ 1981, 1174(1175)

(344) OLG Saarbrücken, FamRZ 1982, 919(920)

(345) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 681(683)

(346) OLG Stuttgart, FamRZ 1978, 681(683);

ähnlich auch OLG Köln, FamRZ 1981, 1174(1175)

rechtskräftigen Scheidung der Ehegatten zu berücksichtigen. Vorher sei eine Veräußerung des Familienheims nicht zumutbar, denn für den Fall, daß die Ehe nicht geschieden werde, sei die weitere Nutzung der ehelichen Wohnung dann nicht mehr möglich⁽³⁴⁷⁾.

Uneinheitlich wird von der Rechtsprechung auch die Frage beurteilt, ob die Nutzung des Eigenheims durch den dort verbleibenden Ehegatten beim Trennungsunterhalt zu berücksichtigen ist. Nach Auffassung des OLG Köln ist der Umstand, daß durch die Erfüllung der Schulden Wohnbedarf gedeckt wird, unterhaltsrechtlich nicht erheblich, wenn der unterhaltsberechtigten Ehegatte dort wohnt⁽³⁴⁸⁾. Der Wohnwert sei nicht als Deckung seines Mietbedarfs anzurechnen. Die Nutzung beruhe auf seinem Eigentumsrecht und könne schon deshalb keine Naturalleistung des Unterhaltsschuldners sein. Außerdem sei die Deckung des Wohnbedarfs durch seine Beteiligung an den Hauslasten erkaufte⁽³⁴⁹⁾.

Im umgekehrten Fall, wenn der unterhaltspflichtige Ehegatte allein im Familienheim wohnen bleibt, hält es das OLG Stuttgart für gerechtfertigt, ihm den Wohnwert seines Miteigentumsanteils einkommenserhöhend anzurechnen⁽³⁵⁰⁾. In einem vergleichbaren Fall berücksichtigt dagegen das OLG Düsseldorf den Wert der Wohnungsnutzung bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten nicht⁽³⁵¹⁾.

Soweit von dem unterhaltsberechtigten Ehegatten nachehe-licher Unterhalt geltend gemacht wird, will ein Teil der Rechtsprechung die Hauslasten bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs nicht berücksichtigen⁽³⁵²⁾. So sind nach An-

(347)OLG Düsseldorf, FamRZ 1982,268(269)

(348)OLG Köln, FamRZ 1981,1174(1175)

(349)OLG Köln, FamRZ 1981,1174(1175)

(350)OLG Stuttgart, FamRZ 1978,681(683)

(351)OLG Düsseldorf, FamRZ 1982,268 f.

(352)KG, FamRZ 1984,898(900); OLG Stuttgart, FamRZ 1984, 1105(1106-1107)

sicht des OLG Stuttgart von den ehebedingten Schulden diejenigen anzurechnen, die die ehelichen Lebensverhältnisse gemäß § 1578 Abs.1 BGB prägen. Dazu sollen nur die ehebedingten Verbindlichkeiten gehören, deren Gegenwert von den Ehegatten während der Ehe "verbraucht" wurde. Das soll bei den Zins- und Tilgungszahlungen nicht der Fall sein. Sie seien nicht vergangenheits-, sondern gegenwarts- und sogar zukunftsorientiert. Sie würden geleistet, um ein mietfreies Wohnen zu ermöglichen und Vermögenswerte für die zukünftige Lebensgestaltung zu schaffen. Spätestens mit der rechtskräftigen Scheidung der Ehegatten sei aber ihr gemeinsamer Lebensplan entfallen. Deshalb könnten diese Schulden, die auf dem Lebensplan beruht hätten, die ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr prägen⁽³⁵³⁾.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt auch das KG. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall bewohnte der Unterhaltspflichtige mit seiner neuen Lebensgefährtin und deren Kindern das den früheren Ehegatten gemeinsam gehörende Haus. Nach Ansicht des KG sind die Hauslasten nicht einkommensmindernd zu berücksichtigen, soweit sie den Wohnkosten entsprechen, die der unterhaltspflichtige Ehegatte im Rahmen seiner normalen Lebenshaltungskosten aufzubringen hätte⁽³⁵⁴⁾. Die Verbindlichkeiten sollen auch aus einem weiteren Grund bei der Bestimmung des nachehelichen Unterhalts nicht anzurechnen sein. Zwar könne, so das Gericht, für die Zeit bis zur Scheidung eine Veräußerung des als Familienheim dienenden Hauses nicht erwartet werden. Nach rechtskräftiger Scheidung sei indessen davon auszugehen, daß das Haus veräußert werden müsse, da eine gemeinsame Nutzung als Familienheim nicht mehr in Betracht komme. Mit der Veräußerung entfalle dann die Schuldenbelastung, so daß sie bei der Berechnung des Geschiedenenunterhalts nicht mehr zu berücksichtigen sei⁽³⁵⁵⁾.

Dagegen wollen das OLG Köln und das OLG Frankfurt die Haus-

(353)OLG Stuttgart, FamRZ 1984,1105(1106-1107)

(354)KG, FamRZ 1984,898(900-901)

(355)KG, FamRZ 1984,898(900)

lasten noch für eine Übergangszeit nach der rechtskräftigen Scheidung berücksichtigen⁽³⁵⁶⁾. Begründet wird diese Meinung damit, daß nach der rechtskräftigen Scheidung der Ehegatten noch einige Zeit vergehe, bis die Veräußerung oder die Teilungsversteigerung des Familienheims durchgeführt werde. Während der Zeit - das OLG Köln geht insoweit von einem Jahr aus - sollen die Annuitäten als "Nachwirkung der ehelichen Lebensgemeinschaft" angerechnet werden⁽³⁵⁷⁾.

Uneinheitlich wird von diesen Gerichten aber die Frage entschieden, wie die Verbindlichkeiten zu berücksichtigen sind, wenn der unterhaltsberechtigte Ehegatte im Haus wohnen bleibt. Von den dafür in Betracht kommenden Berechnungsmethoden⁽³⁵⁸⁾ spricht sich das OLG Köln für die Berücksichtigung der Schulden bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit und des Unterhaltsbedarfs aus. In der Übergangszeit von der rechtskräftigen Scheidung bis zur Verwertung des Familienheims soll das Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen vorweg um den auf ihn entfallenden Teil der Annuitäten verringert werden. Der restliche Teil soll vom Unterhaltsanspruch des berechtigten Ehegatten abgezogen werden, da durch die Abtragung der Lasten gleichzeitig Wohnbedarf gedeckt wird⁽³⁵⁹⁾.

Das OLG Frankfurt will die gesamten von dem Unterhaltspflichtigen getragenen Schulden von seinem Nettoeinkommen abziehen. Der Nutzungswert des Hauses soll bei dem unterhaltsberechtigten Ehegatten als Einkommen aus Vermögen berücksichtigt werden. Aus dem Differenzbetrag zwischen beiden Einkommen errechnet das OLG Frankfurt dann den nachehelichen Unterhalt, der eigentlich geschuldet würde. Nach der rechtskräftigen Scheidung der Ehe soll aber alsbald eine Obliegenheit bestehen, das Haus zu verwerten. Die durch den Wegfall

(356) OLG Köln, FamRZ 1982, 706(708); OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 176(177);

(357) OLG Köln, FamRZ 1982, 706(708)

(358) vgl. Teil 3 Anm. II B 5 d der unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 858

(359) OLG Köln, FamRZ 1982, 706(708-709)

der Schulden eintretende Veränderung will das Gericht in die Unterhaltsberechnung mit einbeziehen. Dem berechtigten Ehegatten soll deshalb in der Zeit bis zur Verwertung des Hauses nur ein Mittelwert zwischen dem zuerst errechneten Unterhaltsbetrag und dem nach dem Wegfall der Schulden angemessenen Unterhaltsanspruch zugebilligt werden⁽³⁶⁰⁾.

2. Literatur

Auch die Rechtslehre stimmt darin überein, daß die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Lasten im Rahmen eines vernünftigen Tilgungsplans zu berücksichtigen sind⁽³⁶¹⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, daß der angemessene Unterhalt der Ehegatten sich an deren Lebensverhältnissen orientiere. Der unterhaltsberechtigten Ehegatte müsse sich daher solche Schulden entgegenhalten lassen, die er bei Fortdauer der ehelichen Lebensgemeinschaft mitzutragen gehabt hätte⁽³⁶²⁾.

Umstritten ist indessen, wie lange die Zins- und Tilgungslasten anzurechnen sind. So will Cuny die Annuitäten wegen ihrer vermögensbildenden Wirkung nicht bis zur rechtskräftigen Scheidung berücksichtigen, sondern nur so lange wie eine Versöhnung der Ehegatten noch in Betracht kommt. Nachteilige Vermögensdispositionen wie die Verwertung des Familienheims sollen im Interesse der Befriedigung des laufenden Unterhalts während der Trennungszeit verlangt werden können, wenn

(360) OLG Frankfurt, FamRZ 1984, 176 (177)

(361) AK/Derleder, § 1361 Rz. 9 i.V.m. § 1603 Rz. 10; Erman/Heckelmann, § 1361 Rz. 9; Göppinger/Wenz, Rz. 1157; Kalthoener/Büttner, Rz. 644; Lohmann, S. 95-96; Palandt/Diederichsen, § 1361 Anm. 2 b cc und § 1581 Anm. 2 a; RGRK/Cuny, § 1361 Rz. 11; Soergel/Lange, § 1361 Rz. 12; Soergel/Häberle, § 1581 Rz. 14 (Nachträge); Stollenwerk in Rahm, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, IV Rz. 520.1; Walter, NJW 1984, 261; Weyhardt, DA Vorm 1980, 688; Arbeitskreis 14 des 5. DFGT, in: Brähler Schriften zum Familienrecht, S. 126-127

(362) Lohmann, S. 96; RGRK/Cuny, § 1361 Rz. 11; Soergel/Häberle, § 1581 Rz. 14 (Nachträge); Walter, NJW 1984, 261

die Scheidung unmittelbar bevorsteht⁽³⁶³⁾.

Ähnlich äußert sich der Arbeitskreis 14 des 5. Deutschen Familiengerichtstages. Nach dessen Vorschlag sollen die Annuitäten zwar in voller Höhe angerechnet werden, jedoch nur bis zum Einsetzen der unterhaltsrechtlichen Obliegenheit, das Eigenheim zu verwerten. Von einer solchen Obliegenheit ist nach Ansicht der Teilnehmer des Arbeitskreises auszugehen, wenn erkennbar ist, daß die Ehe gescheitert ist. Das könne schon nach Ablauf des Trennungsjahres oder erst mit Einreichung des Scheidungsantrags der Fall sein⁽³⁶⁴⁾.

Im Gegensatz dazu will ein Teil der Rechtslehre die Hauslasten noch einige Zeit nach der rechtskräftigen Scheidung einer Ehe berücksichtigen, da bis zu diesem Zeitpunkt die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht auszuschließen sei und es deshalb keinem Ehegatten zugemutet werden könne, das Eigenheim zu verwerten⁽³⁶⁵⁾.

Meinungsunterschiede bestehen außerdem bezüglich der Frage, wie die Zins- und Tilgungslasten zu berücksichtigen sind. Nach der überwiegenden Literatur sollen sie von dem Nettoeinkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten vor der Bestimmung des Unterhalts abgezogen werden⁽³⁶⁶⁾.

Auch Häberle hält den Vorwegabzug der Schulden grundsätzlich für gerechtfertigt. Wenn allerdings der unterhaltsberechtigte Ehegatte weiter in dem Haus wohnt, dann soll berücksichtigt werden, daß der Wohnbedarf durch Naturalunterhalt gedeckt wird⁽³⁶⁷⁾.

(363) RGRK/Cuny, § 1361 Rz.11

(364) Arbeitskreis 14 des 5.DFGT, S.127

(365) Kalthoener/Büttner, Rz.644; ähnlich auch Göppinger/Wenz, Rz.1157; Soergel/Häberle, § 1581 Rz.14(Nachträge)

(366) Erman/Heckelmann, § 1361 Rz.9; Göppinger/Wenz, Rz.1155 ff.; Kalthoener/Büttner, Rz.639 ff.; RGRK/Cuny, § 1361 Rz.11; Weycharadt, DA Vorm 1980,688

(367) Soergel/Häberle, § 1581 Rz.14(Nachträge)

Stollenwerk will die Wohnungsnutzung ebenfalls in die Unterhaltsberechnung einbeziehen. Sein Lösungsvorschlag geht dahin, die Tilgungsraten vom Einkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten vorweg abzuziehen. Das gleiche soll für diejenigen Zinsbeträge gelten, die die Höhe einer angemessenen Miete für das Familienheim überschreiten, wenn der Unterhaltspflichtige das Haus nutzt. Falls der unterhaltsberechtigte Ehegatte in dem Haus wohnt, sollen die Zinszahlungen, soweit sie die Höhe einer angemessenen Miete überschreiten, als Naturalleistung auf seinen Unterhalt angerechnet werden. Im übrigen sollen sie - wie die Tilgungszahlungen - vom Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgesetzt werden. Für den Fall, daß die Zinsen geringer sind als die angemessene Miete, soll der Bedarf des Unterhaltsberechtigten um den Differenzbetrag verringert werden⁽³⁶⁸⁾.

II. Stellungnahme

1. Berücksichtigung der Zins- und Tilgungslasten

Die Darstellung der Rechtsprechungs- und Literaturmeinungen hat gezeigt, daß im Rahmen des Problems der Berücksichtigung der Hauslasten mehrere zusammenhängende Fragen auftauchen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und Klarheit ist es zweckmäßig, die Fragen, ob, wie und in welchem Umfang die Schulden zu berücksichtigen sind, gesondert zu untersuchen.

a) Berücksichtigungsfähigkeit

Zur Lösung des Problems, ob die Hauslasten bei der Unterhaltsbestimmung anzurechnen sind, bedarf es zunächst der Klärung, welche Grundentscheidung das Gesetz zur Berücksichtigung der Verpflichtungen eines Unterhaltsschuldners ge-

(368) Stollenwerk in Rahm, Handbuch des Familiengerichtsverfahrens, IV Rz.520.1

troffen hat. Fraglich ist insoweit, ob tatsächlich zwischen berücksichtigungsfähigen Schulden und anderen im Rahmen einer allgemeinen Interessenabwägung unterschieden werden kann, wie es die Rechtsprechung und Rechtslehre zum Teil annehmen.

Voraussetzungen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs sind die Bedürftigkeit des Berechtigten sowie die Leistungsfähigkeit des Verpflichteten. Die Leistungsfähigkeit ist einerseits von den Einkünften und dem Vermögen des Unterhaltspflichtigen abhängig. Sie wird andererseits auch von seinen Schulden bestimmt. Diese Schulden mindern die Leistungsfähigkeit und zwar unabhängig davon, ob sie berücksichtigungsfähig sind oder nicht⁽³⁶⁹⁾.

Diese Tatsache hat ihren Ausdruck in den Vorschriften über die beschränkte Leistungsfähigkeit eines Unterhaltspflichtigen gefunden. Sowohl §§ 1581 BGB, 59 a.F. EheG für den Geschiedenenunterhalt als auch § 1603 Abs.1 BGB für den Verwandtenunterhalt schreiben für die Prüfung der Leistungsfähigkeit eines Unterhaltsschuldners übereinstimmend die Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen vor. Entsprechendes gilt für § 1361 BGB. Der Gesetzgeber hat in dieser Vorschrift den Trennungsunterhalt von den Lebensverhältnissen der Ehegatten abhängig gemacht. Rechtsgedanke des § 1361 BGB ist es, die Ehegatten vor einer nachteiligen Veränderung des den bisherigen ehelichen Lebensverhältnissen entsprechenden Status zu schützen, um einer weiteren Zerrüttung der Ehe vorzubeugen und um den sozial schwächeren Ehegatten finanziell abzusichern⁽³⁷⁰⁾. Daraus folgt, daß Schulden, die von den Ehegatten während des Zusammenlebens einvernehmlich begründet wurden, zu berücksichtigen sind. Auch sie haben die ehelichen Lebensverhältnisse gestaltet und die für den Familienunterhalt zur Verfügung stehenden

(369) Göppinger/Wenz, Rz.1155; Hoppenz, NJW 1984, 2327

(370) Reg.-Begr. zu § 1361(E), BT-Drucks.7/650, S.100;
OLG Köln, FamRZ 1981, 1174(1175); OLG Saarbrücken,
FamRZ 1982, 919(920);
Göppinger/Wenz, Rz.241; RGRK/Cuny, § 1361 Rz.11

Einkünfte beeinflusst. Es ist somit die Grundentscheidung des Gesetzes, daß die Verpflichtungen eines Unterhaltsschuldners berücksichtigt werden sollen⁽³⁷¹⁾.

Das bedeutet nicht, daß sämtliche Schulden uneingeschränkt anzurechnen sind⁽³⁷²⁾. Zwar soll derjenige, der über keine ausreichenden Mittel verfügt, nicht Unterhalt leisten müssen. Es kann jedoch nicht zugelassen werden, daß der Unterhaltspflichtige durch Begründung von neuen Verbindlichkeiten planmäßig Selbstunterhalt über das angemessene Maß hinaus betreibt und damit den Anspruch des Unterhaltsberechtigten schmälert⁽³⁷³⁾. Einer derartigen Möglichkeit steht der Sinn des Unterhaltsrechts entgegen. Die Einschränkung des Grundsatzes, nach dem die Schulden eines Unterhaltspflichtigen zu berücksichtigen sind, kann also geboten sein, um dem Unterhaltsrecht zuwiderlaufende Ergebnisse zu vermeiden.

Ein die Einschränkung rechtfertigender Umstand könnte es sein, daß die Erfüllung der Zins- und Tilgungslasten zu einer Vermögensbildung führt. Denn die gesetzliche Regelung geht davon aus, daß die Schulden zu berücksichtigen sind, weil sie die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen verringern. Das ist bei Schulden, deren Erfüllung zu einer Vermögensbildung führt, aber nicht der Fall. Die Leistungsfähigkeit wird dadurch nicht gemindert. Die für die Vermögensbildung aufgewendeten Mittel sind dem Vermögen des Verpflichteten nicht verloren, sondern nur in anderer Form angelegt⁽³⁷⁴⁾. So bewirkt eine Schuldentilgung, die zu einer Vermögensbildung führt, lediglich eine Umschichtung vom Einkommens- zum Vermögensbereich. Die Berücksichtigung solcher Verbindlichkeiten bei der Bestimmung des anrechenbaren Einkommens hat eine Minderung des Unterhaltsanspruchs zur

(371) Göppinger/Wenz, Rz.1153 ff.; Hoppenz, NJW 1984, 2327; wohl auch Köhler, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz.111

(372) Gernhuber, § 41 III 4; Göppinger/Wenz, Rz.1153 ff.(1155); Hoppenz, NJW 1984, 2327

(373) Gernhuber, § 41 III 4

(374) Kalthoener/Büttner, Rz.665

Folge. Der Schuldentilgung, mit der eine Vermögensbildung beim Unterhaltspflichtigen verbunden ist, steht also der Sinn des Unterhaltsrechts entgegen, wenn sie zu einer Benachteiligung des Berechtigten führt. Sie kann dann nicht berücksichtigt werden⁽³⁷⁵⁾.

Geht man von dieser Grundüberlegung aus, so ist festzustellen, daß die Erfüllung der aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Lasten zunächst nicht nur zu einer Vermögensbildung bei dem unterhaltspflichtigen Ehegatten führt. Durch die Zahlungen werden auch die auf den Miteigentumsanteil des unterhaltsberechtigten Ehegatten entfallenden Schulden getilgt. Da die Vermögensbildung beiden Ehegatten zugute kommt, wird der berechtigte Ehegatte durch die Anrechnung der Schulden bei der Unterhaltsbestimmung nicht benachteiligt. Der Rechtsprechung und Rechtslehre ist dann zuzustimmen, daß die von den Ehegatten einvernehmlich begründeten Verbindlichkeiten bei der Berechnung des Trennungsunterhalts zu berücksichtigen sind.

Eine Änderung tritt allerdings mit der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ein. Der erwerbstätige Ehegatte hat gemäß § 748 BGB (analog) einen Anspruch auf Ausgleich der Zins- und Tilgungsbeträge, die er nach diesem Zeitpunkt für seinen Ehepartner geleistet hat. Die Erfüllung der Schulden führt demnach nur noch zu einer Vermögensbildung bei dem unterhaltspflichtigen Ehegatten. Die weitere Berücksichtigung dieser Zahlungen hätte eine Minderung des Unterhaltsanspruchs des berechtigten Ehegatten zur Folge. Es würde auf seine Kosten Vermögen gebildet. Die Einschränkung des Grundsatzes, daß die Verpflichtungen eines Unterhaltsschuldners zu berücksichtigen sind, ist daher aus dem Sinn und Zweck

(375) BGH, FamRZ 1984, 149(151); BGH, FamRZ 1984, 358(360); OLG Koblenz, FamRZ 1977, 68(69); OLG Köln, FamRZ 1981, 489(490); OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 727(729); OLG Saarbrücken, FamRZ 1982, 919; OLG Köln, FamRZ 1983, 750(753); Kalthoener/Büttner, Rz. 644 und 665; Palandt/Diederichsen, § 1603 Anm. 2 a

des Unterhaltsrechts geboten. Insofern kann es auch nicht mehr darauf ankommen, daß die Hauslasten einvernehmlich begründet wurden. Mit der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags ist der gemeinsame Lebensplan der Ehegatten gescheitert. Die Fortführung der Ehe wird zur Fiktion. Mit dem Zeitpunkt können deshalb in Fällen beschränkter Leistungsfähigkeit des unterhaltspflichtigen Ehegatten nachteilige Vermögensdispositionen erwartet werden⁽³⁷⁶⁾, so daß die weitere Berücksichtigung der Hauslasten nicht mehr in Betracht kommt.

Eine Ausnahme wird zu machen sein, wenn in Mangelfällen die zumutbare Verwertung des Familienheims durch den unterhaltsberechtigten Ehegatten erschwert wird, wie es zum Beispiel durch den Antrag auf Vollstreckungsschutz nach § 180 Abs.3 ZVG möglich ist⁽³⁷⁷⁾. Wird der Unterhalt des Verpflichteten durch solche Maßnahmen gefährdet, so erscheint es gerechtfertigt, die Hauslasten weiter bei der Unterhaltsberechnung zu berücksichtigen, da ihr Abbau nicht mehr allein vom Willen des unterhaltspflichtigen Ehegatten abhängt⁽³⁷⁸⁾.

b) Art der Berücksichtigung

Soweit die Zins- und Tilgungslasten unterhaltsrechtlich relevant sind, stellt sich die Frage, wie sie zu berücksichtigen sind. Denn das Unterhaltsrecht ordnet keine bestimmte Berechnungsart ausdrücklich an. Von den vier Möglichkeiten, die nach Ansicht der Familiensenate des OLG Düsseldorf⁽³⁷⁹⁾ dafür in Betracht kommen, ist zunächst der Vorschlag abzulehnen, den Selbstbehalt des Unterhaltspflichtigen um die anzurechnenden Verbindlichkeiten zu erhöhen⁽³⁸⁰⁾. Als

(376) Göppinger/Wenz, Rz.1206

(377) siehe § 10 II 2

(378) ähnlich BGH, FamRZ 1984,358(360), der diesen Aspekt in die Interessenabwägung einbezieht

(379) vgl. Teil 3 II B 5 der unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Düsseldorf, FamRZ 1978,858

(380) vgl. Teil 3 II B 5 aa)ddd) der unterhaltsrechtlichen Leitlinien des OLG Düsseldorf, FamRZ 1978,858

Selbstbehalt wird derjenige Festbetrag bezeichnet, der dem Verpflichteten zur Deckung seines Eigenbedarfs generell verbleiben soll⁽³⁸¹⁾. Eine beliebige Erhöhung des Selbstbetrags durch Schulden würde aber die Festlegung derartiger Grenzwerte⁽³⁸²⁾ gerade unterlaufen. Zudem wäre die durch das Recht des Ehegattenunterhalts angestrebte Identität des Lebenszuschnitts des unterhaltspflichtigen und des unterhaltsberechtigten Ehegatten nicht mehr gewahrt.

Das gleiche Argument spricht auch gegen den Abzug der gesamten⁽³⁸³⁾ oder eines Teils⁽³⁸⁴⁾ der Hauslasten von dem Unterhaltsbetrag des berechtigten Ehegatten. Dadurch würde zum Beispiel in einer Alleinverdienerehe der haushaltsführende Ehegatte erheblich benachteiligt. Ihm bliebe durch die Verrechnung nur so wenig Barunterhalt, daß er praktisch zur Verwertung seines Miteigentumsanteils gezwungen würde⁽³⁸⁵⁾.

Vorzuziehen ist deshalb der Vorschlag, die Schulden vom Nettoeinkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten vorweg abzugiehen⁽³⁸⁶⁾. Diese Berechnungsmethode entspricht dem Willen des Gesetzgebers am meisten. Nach dem Rechtsgedanken des § 1361 BGB sollen die Ehegatten nach ihrer Trennung so behandelt werden wie zur Zeit ihres Zusammenlebens. Der unterhaltsberechtigte Ehegatte soll weder schlechter noch besser gestellt werden als vorher⁽³⁸⁷⁾. Während ihres Zusammenlebens hatte den Ehepartnern aber auch nur das frei disponierbare Nettoeinkommen zur Verfügung gestanden. Die Zins- und Tilgungslasten hatten das Einkommen im voraus gemindert. Zu Recht wird daher in Rechtsprechung und Literatur angenommen, daß diese Schulden bei der Berechnung des Trennungsunterhalts vom Nettoeinkommen des Unterhaltspflichtigen abzu-

(381) Göppinger/Wenz, Rz. 1138; Köhler, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz. 80 ff.

(382) vgl. Übersicht bei Göppinger/Wenz, S. 572

(383) Teil 3 II B 5 d aa)aaa), ..., OLG Düsseldorf, FamRZ 1978, 858

(384) Teil 3 II B 5 d aa)ccc), OLG Düsseldorf, aaO.

(385) OLG Köln, FamRZ 1981, 1174 (1175)

(386) Teil 3 II B 5 d aa)bbb), OLG Düsseldorf, aaO.

(387) BGH, FamRZ 1982, 23 (24)

ziehen sind.

c) Umfang der Berücksichtigung

Die Berücksichtigung der Hauslasten bedeutet nicht, daß der Unterhaltspflichtige sein Einkommen ohne Rücksicht auf die Unterhaltsinteressen des berechtigten Ehegatten zur Schuldentilgung verwenden und den Berechtigten auf den Rest verweisen darf. Ebensowenig wie es dem Unterhaltspflichtigen gestattet werden kann, planmäßig durch Begründung von Verbindlichkeiten Selbstunterhalt über das angemessene Maß hinaus zu betreiben⁽³⁸⁸⁾, kann es Sinn des Unterhaltsrechts sein, schon begründete Schulden auf Kosten des Unterhaltsberechtigten beliebig tilgen zu dürfen. Deshalb wird zu Recht davon ausgegangen, daß die Berücksichtigung ehebedingter Schulden nur im Rahmen eines den Verhältnissen in angemessener Weise Rechnung tragenden Tilgungsplans erfolgen kann⁽³⁸⁹⁾. Es sind solche Beträge anzurechnen, die bei Fortdauer der ehelichen Lebensgemeinschaft nach vernünftiger Abwägung der Unterhaltsbelange einerseits und der Fremdgläubigerinteressen andererseits von den Ehegatten zur Schuldentilgung verwendet worden wären⁽³⁹⁰⁾.

Geht man von dieser Überlegung aus, so ist festzustellen, daß durch die doppelte Haushaltsführung der getrenntlebenden Ehegatten die Lebenshaltungskosten der Familie steigen. Es sollte also derjenige Betrag berücksichtigt werden, den die Ehegatten bei Fortdauer ihrer Lebensgemeinschaft zur Schuldentilgung verwendet hätten, wenn eine dem trennungsbedingten Mehrbedarf vergleichbare Minderung des Familieneinkommens eingetreten wäre. Dabei darf jedoch nicht außer acht gelassen werden, daß ein solcher Tilgungsplan nicht immer

(388) siehe § 13 II 1 a

(389) BGH, FamRZ 1982, 23(24); BGH, FamRZ 1982, 678(679);
BGH, FamRZ 1984, 657(658); OLG Hamm, FamRZ 1981, 968;
Gernhuber, § 41 III 4; Göppinger/Wenz, Rz. 1160;
Kalthoener/Büttner, Rz. 651; Lohmann, S. 96

(390) BGH, FamRZ 1982, 23(24); Lohmann, S. 96

durchsetzbar ist, da es häufig an der Zustimmungsbereitschaft der Gläubiger fehlen wird und es den Gerichten an der erforderlichen Einwirkungsmöglichkeit mangelt⁽³⁹¹⁾.

2. Berücksichtigung der Nutzung des Familienheims

Die Erfüllung der Zins- und Tilgungslasten bewirkt, daß das Eigenheim genutzt werden kann. Für den Ehegatten, der nach der Trennung weiter in dem Haus wohnt, entfällt die sonst erforderliche Mietzahlung. Da Mietzahlungen einen Teil des normalen Lebensbedarfs bilden, sind sie bei der Unterhaltsberechnung nicht abzugsfähig⁽³⁹²⁾. Das hat zur Folge, daß mietfreies Wohnen zu einer finanziellen Besserstellung führen kann. Wer mietfrei wohnt, gleicht einem Mieter, dem die Mittel für die Miete als zusätzliche Einkünfte zur Verfügung stehen⁽³⁹³⁾. Zu Recht wird deshalb angenommen, daß der Vorteil mietfreien Wohnens bei der Unterhaltsberechnung grundsätzlich einkommenserhöhend zu berücksichtigen ist⁽³⁹⁴⁾.

Die Beantwortung der Ausgangsfrage hängt also davon ab, ob in den Fällen des fremdfinanzierten Erwerbs eines Familienheims durch das mietfreie Wohnen tatsächlich ein Vorteil entsteht. Insofern ist danach zu unterscheiden, welcher Ehegatte weiter in dem Haus wohnt.

a) Nutzung durch den unterhaltspflichtigen Ehegatten

Lebt der unterhaltspflichtige Ehegatte dort, so entfällt für ihn zwar die Mietzahlung. Mit dieser Nutzungsmöglichkeit

(391)AK/Derleder, § 1581 Rz.2

(392)Lohmann, S.95

(393)Graba, FamRZ 1985,657

(394)BGH, FamRZ 1984,358(360); BGH, FamRZ 1985,354(356) und 357(360); OLG Stuttgart, FamRZ 1978,681(683); OLG Köln, FamRZ 1981,489; vgl. die Rechtsprechungshinweise der Münchner Familiensenate des OLG München, FamRZ 1985,244; Graba, FamRZ 1985,658

sind aber die Hauslasten verbunden, die er erfüllt. Von einer Besserstellung gegenüber einem Unterhaltspflichtigen, der zur Miete wohnt, kann daher nur gesprochen werden, wenn und soweit die Schulden - im Gegensatz zur Mietzahlung - von dem Einkommen des Unterhaltspflichtigen abgezogen werden. Dann ist die mietfreie Nutzungsmöglichkeit als zusätzliches Einkommen zu berücksichtigen. Anzurechnen ist ihm jedoch nicht der volle Wohnwert des für ihn zu großen Eigenheims, sondern nur der jetzt für seine Verhältnisse angemessene Wert⁽³⁹⁵⁾.

b) Nutzung durch den unterhaltsberechtigten Ehegatten

Wohnt der unterhaltsberechtigte Ehegatte weiter in dem Eigenheim, so bleiben ihm die Mietzahlungen erspart. Trotzdem ist ihm die Wohnungsnutzung nicht als fiktives Einkommen anzurechnen, solange die Zins- und Tilgungslasten beim Unterhaltspflichtigen berücksichtigt werden⁽³⁹⁶⁾. Durch den Abzug der Schulden vom Nettoeinkommen des unterhaltspflichtigen Ehegatten wird der Unterhaltsbetrag des Berechtigten schon verringert. Die Anrechnung der Wohnungsnutzung als fiktives Einkommen hätte dann eine Doppelberücksichtigung der Schulden zur Folge, so daß der unterhaltsberechtigte Ehegatte benachteiligt würde⁽³⁹⁷⁾.

Soweit die Zins- und Tilgungslasten nicht mehr beim Unterhaltspflichtigen berücksichtigt werden, ist durch das mietfreie Wohnen ein finanzieller Vorteil gegeben. In diesen Fällen ist dem Unterhaltsberechtigten die Nutzung des Eigenheims als Einkommen anzurechnen. Auch hier gilt, daß nicht der volle Wohnwert, sondern nur der für seine Verhältnisse angemessene Wert zu berücksichtigen ist.

(395)Kalthoener/Büttner, Rz.458; ähnlich auch Graba, FamRZ 1985,658

(396)siehe dazu § 13 II 1 a

(397)OLG Köln, FamRZ 1981,1174(1175)

§ 14 Berücksichtigung der Lasten und der Nutzung beim Kindesunterhalt

I. Meinungsstand

1. Rechtsprechung

Beim Kindesunterhalt geht der BGH ebenfalls davon aus, daß im Rahmen einer Interessenabwägung darüber zu entscheiden ist, ob die Schulden aus dem Erwerb eines Eigenheims ganz, teilweise oder überhaupt nicht anzurechnen sind⁽³⁹⁸⁾. Gegen die Berücksichtigung der Verbindlichkeiten soll es sprechen, daß ihre Erfüllung zu einer Vermögensbildung führt. Andererseits soll es in die Interessenabwägung miteinbezogen werden, wenn das Haus erworben wurde, um den eigenen Wohnbedarf zu decken⁽³⁹⁹⁾.

Die Oberlandesgerichte und die unterinstanzlichen Gerichte wollen die Annuitäten aus dem Erwerb eines Eigenheims oder einer Eigentumswohnung bei der Berechnung des Unterhaltsanspruchs eines Kindes nicht anrechnen, weil sonst auf Kosten des Kindes Vermögen gebildet wird. Das soll sowohl für die einseitige Begründung derartiger Schulden nach der Inanspruchnahme⁽⁴⁰⁰⁾ als auch dann gelten, wenn sie aus gemeinsamer Lebensführung der Eltern stammen und nach deren Scheidung geltend gemacht werden⁽⁴⁰¹⁾.

Soweit ersichtlich, hat bisher nur das OLG Köln die Annuitä-

(398) BGH, FamRZ 1984, 358(360); vgl. auch BGH, FamRZ 1982, 157(158)

(399) BGH, FamRZ 1984, 358(360)

(400) OLG Düsseldorf, DA Vorm 1979, 424(425); KG, DA Vorm 1979, 427(428); OLG Stuttgart, FamRZ 1982, 727(729); AG Nürnberg, FamRZ 1985, 1072(1073); z. Unterhalt nichtehelicher Kinder: OLG Koblenz, FamRZ 1977, 68(69); LG Heidelberg, DA Vorm 1972, 296(297); LG Offenburg, DA Vorm 1973, 365(366); LG Hamburg, DA Vorm 1976, 295(297)

(401) OLG Köln, FamRZ 1983, 750(753); OLG Stuttgart, FamRZ 1984, 1105(1106-1107)

ten bei der Berechnung des Kindesunterhalts berücksichtigt⁽⁴⁰²⁾. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall wurde der Unterhaltspflichtige von der früheren Ehefrau auf Zahlung von Unterhalt für sich und das gemeinsame Kind in Anspruch genommen. Zur Begründung seiner Ansicht hat das Gericht ausgeführt, die nach § 1610 Abs.1 BGB für die Berechnung des Unterhaltsanspruchs maßgebende Lebensstellung des Berechtigten orientiere sich im Fall eines minderjährigen Kindes nach der Lebensstellung seiner Eltern. Die Lebensstellung des barunterhaltspflichtigen Elternteils wiederum werde durch sein Einkommen und seine Schulden bestimmt, wozu die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Lasten zu zählen seien. Zwar dürfe ein Unterhaltspflichtiger dem Berechtigten grundsätzlich keine Aufwendungen für die eigene Vermögensbildung entgegenhalten, doch deckten diese Schulden unter anderem den Wohnbedarf des Kindes. Ihrer Anrechnung stehe gleichfalls nicht entgegen, daß nach der rechtskräftigen Scheidung der Eltern von der Veräußerung des Eigenheims ausgegangen werden könne. Da bis zur Verwertung noch eine gewisse Zeit vergehe, seien die Schulden bis dahin durch Vorwegabzug vom Nettoeinkommen des barunterhaltspflichtigen Elternteils zu berücksichtigen⁽⁴⁰³⁾.

2. Literatur

In der Literatur wird überwiegend vertreten, daß die Annuitäten aus dem Erwerb eines Familienheims beim Kindesunterhalt einkommensmindernd anzurechnen sind⁽⁴⁰⁴⁾. Da die Schulden aus der gemeinsamen Lebensführung der Eltern herrühren, sollen sie berücksichtigt werden, solange die Veräußerung oder sonstige Verwertung des Familienheims nicht zumutbar

(402) OLG Köln, FamRZ 1982, 706 ff.

(403) OLG Köln, FamRZ 1982, 706 (708-709)

(404) Göppinger/Wenz, Rz.1157; Kalthoener/Büttner, Rz.644 i.V.m. 647; Köhler, Handbuch des Unterhaltsrechts, Rz.110 ff.; MK/Köhler, § 1603 Rz.18; wohl auch Walter, NJW 1984, 261

ist⁽⁴⁰⁵⁾.

Ein anderer Teil der Rechtslehre wendet sich generell gegen die Anrechnung von Verbindlichkeiten, deren Erfüllung zur Bildung von Vermögen führt⁽⁴⁰⁶⁾. Zur Begründung wird ausgeführt, daß ein Unterhaltsschuldner nicht auf Kosten des Berechtigten Vermögen bilden dürfe. Sonst werde Selbstunterhalt über das angemessene Maß hinaus betrieben⁽⁴⁰⁷⁾.

Einen Mittelweg zur Lösung des Problems geht Mutschler⁽⁴⁰⁸⁾. Nach seiner Meinung schließt die Erfüllung von Schulden, durch die eine Vermögensbildung eintritt, nicht zwingend ihre Berücksichtigung bei der Unterhaltsbestimmung aus. Die Entscheidung darüber, ob und in welcher Höhe sie anzurechnen sind, soll vielmehr davon abhängen, welcher weitere Zweck mit der Vermögensmehrung verfolgt wird. So sollen die mit dem Erwerb des Familienheims verbundenen Lasten bis zur Höhe des Mietzinses für eine vergleichbare angemessene Wohnung berücksichtigt werden, wenn mit dem Kauf dringende Wohnbedürfnisse der Familie zu befriedigen waren⁽⁴⁰⁹⁾.

II. Stellungnahme

1. Berücksichtigung der Zins- und Tilgungslasten

Der Unterhaltsanspruch ehelicher Kinder gegen ihre Eltern richtet sich nach den §§ 1601 ff. BGB. Auch hier sieht das Gesetz vor, daß die Schulden eines auf Unterhalt Inanspruch-

(405) Göppinger/Wenz, Rz.1157; Kalthoener/Büttner, Rz.644 i.V.m. 647

(406) Gernhuber, § 41 III 4 FN.21; Jauernig/Schlechtriem, Anm.4 c bb zu den §§ 1601-1604; Palandt/Diederichsen, § 1603 Anm.2 a; Soergel/Lange, § 1603 Rz.9 (Nachträge); Staudinger/Gotthard, § 1603 Rz.35 a

(407) Jauernig/Schlechtriem, Anm.4 c bb zu den §§ 1601-1604; Palandt/Diederichsen, § 1603 Rz.2 a

(408) RGRK/Mutschler, § 1603 Rz.13

(409) RGRK/Mutschler, § 1603 Rz.13

genommenen bei der Beurteilung seiner Leistungsfähigkeit grundsätzlich anzurechnen sind. So ist nach § 1603 Abs.1 BGB nicht unterhaltspflichtig, wer bei Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande ist, ohne Gefährdung seines angemessenen Unterhalts den Unterhalt zu gewähren.

Dieser Grundsatz, daß alle Schulden eines Unterhaltspflichtigen anzurechnen sind, bedarf jedoch der Einschränkung, wie schon beim Ehegattenunterhalt ausgeführt wurde⁽⁴¹⁰⁾. Schulden, deren Erfüllung eine Vermögensbildung bewirkt, können bei der Berechnung des Kindesunterhalts nicht angerechnet werden, da sie zu einer Benachteiligung des unterhaltsberechtigten Kindes führen.

Dieses Ergebnis läßt sich ebenfalls aus § 1603 Abs.2 BGB herleiten. Nach der Vorschrift besteht eine verschärfte Unterhaltspflicht der Eltern gegenüber ihren minderjährigen unverheirateten Kindern. Die Eltern haben in den Fällen beschränkter Leistungsfähigkeit alle verfügbaren Mittel gleichmäßig für den eigenen Unterhalt und den der Kinder zu verwenden. Zu diesen Mitteln gehört unter anderem ihr Vermögen⁽⁴¹¹⁾ und zwar auch dann, wenn dessen Verwertung unwirtschaftlich ist⁽⁴¹²⁾. Wenn also Eltern in bestimmten Fällen sogar ihr Vermögen für den Kindesunterhalt einzusetzen haben, so kann es wegen ihrer besonderen familienrechtlichen Verantwortung nicht zulässig sein, daß sie auf Kosten ihres Kindes Vermögensbildung und damit Selbstunterhalt über das angemessene Maß hinaus betreiben. Zu Recht gehen daher die Rechtsprechung und Literatur überwiegend davon aus, daß die Annuitäten aus dem Erwerb eines Familienheims bei der Berechnung des Kindesunterhalts nicht zu berücksichtigen sind.

(410) siehe § 13 II 1 a

(411) allgemeine Meinung: BGHZ 75,272(278);
Göppinger/Wenz, Rz.1168-1169; MK/Köhler,
§ 1603 Rz.20 ff.; Palandt/Diederichsen, § 1603
Anm.4; RGRK/Mutschler, § 1603 Rz.20;
Staudinger/Gotthard, § 1603 Rz.35 a

(412) Göppinger/Wenz, Rz.1169; RGRK/ Mutschler, § 1603
Rz.20

Dem Ergebnis steht nicht entgegen, daß die Schulden im Rahmen der gemeinsamen Lebensführung der Eltern begründet wurden und sie während deren Trennung den Weg für eine erneute Nutzung des Hauses als Familienheim offenhalten. Dieser Umstand kann nicht zu Lasten des Kindes gehen, denn es fehlt dessen Verantwortung an der Schuldenbegründung. Außerdem bedarf gerade das Kind des besonderen Schutzes, wie sich aus den §§ 1602 Abs.2, 1603 Abs.2 BGB ergibt. Ein Kind kann auch bei äußerster eigener Anstrengung seinen notwendigen Lebensbedarf nicht verdienen⁽⁴¹³⁾. Deshalb ist zu vermeiden, daß es außer den Folgen, die durch die Trennung und die Scheidung der Eltern auftreten, auch noch Einbußen im Unterhalt zu erdulden hat. Das muß vor allem gelten, wenn die Erfüllung der Schulden zu einer Vermögensbildung bei den Eltern führt.

2. Berücksichtigung der Nutzung des Familienheims

Zur Beantwortung der Frage, ob die Nutzung des Familienheims bei der Berechnung des Kindesunterhalts zu berücksichtigen ist, muß unterschieden werden, welche der Unterhaltsparteien weiter in dem Haus wohnt.

Unproblematisch ist die Lösung, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil dort lebt. Da die von ihm getragenen Zins- und Tilgungslasten beim Kindesunterhalt keine Berücksichtigung finden, kann von einer Besserstellung gegenüber einem Unterhaltspflichtigen, der zur Miete wohnt, nicht gesprochen werden. Das mietfreie Wohnen kann deshalb nicht einkommenserhöhend angerechnet werden.

Fraglich ist dagegen, ob die Nutzung des Familienheims bei der Berechnung des Kindesunterhalts zu berücksichtigen ist, wenn das Kind mit dem betreuenden Elternteil dort lebt. Der Unterhalt eines Kindes umfaßt nach § 1610 Abs.2 BGB den

(413) BGH, FamRZ 1984, 657 (659);
Kalthoener/Büttner, Rz. 647

gesamten Lebensbedarf. Dazu gehört bei minderjährigen unverheirateten Kindern nicht nur der Bar-, sondern auch der Betreuungsbedarf⁽⁴¹⁴⁾. Der Elternteil, bei dem das Kind lebt, erfüllt seine Unterhaltsverpflichtung dann grundsätzlich durch die Pflege und die Erziehung des Kindes. Mit diesen persönlichen Fürsorgeleistungen ist das Zusammenleben in einem gemeinsamen Haushalt notwendig verbunden⁽⁴¹⁵⁾. Daraus kann trotzdem nicht geschlossen werden, daß die Nutzung des Familienheims beim Kindesunterhalt nicht zu berücksichtigen ist⁽⁴¹⁶⁾. Zwar wird die Nutzung schon bei der Unterhaltsbestimmung des betreuenden Elternteils berücksichtigt⁽⁴¹⁷⁾. Dieser Elternteil ist jedoch nur zur Betreuung des Kindes verpflichtet. Für den Wohnbedarf des Kindes muß in der Regel der barunterhaltspflichtige Elternteil aufkommen⁽⁴¹⁸⁾. Das mietfreie Wohnen im Haushalt des betreuenden Elternteils ist somit nur eine Folge der Betreuung; es wird von dem Betreuungsunterhalt nicht erfaßt⁽⁴¹⁹⁾. Bei der Bestimmung seines Unterhalts ist dem Kind also ein seiner Wohnungsnutzung entsprechender Wert anzurechnen⁽⁴²⁰⁾. Es stünde sonst finanziell besser als ein unterhaltsberechtigtes Kind, das mit dem betreuenden Elternteil in einer Mietwohnung lebt, die früher als Familienwohnung gedient hat. In dem Fall wird auch ein Teil der Miete, die der barunterhaltspflichtige Elternteil zahlt, bei der Berechnung des Kindesunterhalts berücksichtigt⁽⁴²¹⁾.

(414)BGH, FamRZ 1980,994;

Palandt/Diederichsen, § 1610 Anm.1

(415)Palandt/Diederichsen, § 1606 Rz.4 b ff.;
ähnlich auch Soergel/Lange, § 1606 Rz.10

(416)a.A.: OLG München, FamRZ 1984,173(175)

(417)siehe § 13 II 2 b

(418)OLG Hamburg, FamRZ 1984,190(191);

Graba, FamRZ 1985,658

(419)OLG Hamburg, FamRZ 1984,190(191);

Graba, FamRZ 1985,659

(420)Graba, FamRZ 1985,659

(421)OLG Hamm, FamRZ 1984,790(792);

Graba, FamRZ 1985,659

§ 15 Zusammenfassung

Bei der Berechnung des Ehegattenunterhalts sind die aus dem Erwerb des Familienheims stammenden Zins- und Tilgungslasten beim unterhaltspflichtigen Ehegatten zunächst einkommensmindernd zu berücksichtigen. Mit der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags kommt allerdings eine weitere Anrechnung der Schulden nicht mehr in Betracht. Ihre Tilgung führt entgegen der gemeinsamen Planung der Ehepartner nur noch zu einer Vermögensbildung beim Unterhaltspflichtigen.

Beim Kindesunterhalt sind die Schulden nicht zu berücksichtigen. Sonst würde auf Kosten des Kindes Vermögen gebildet. Dadurch hätte ausgerechnet das Kind, das auch bei äußerster Anstrengung seinen notwendigen Lebensbedarf nicht verdienen kann, materielle Einbußen zu erdulden.

Der finanzielle Vorteil, der sich durch mietfreies Wohnen im eigenen Haus ergibt, ist bei der Unterhaltsberechnung einkommenserhöhend anzurechnen. Bei dem fremdfinanzierten Erwerb eines Familienheims wird das mietfreie Wohnen jedoch durch die Erfüllung der Hauslasten ermöglicht. Dem unterhaltspflichtigen Ehegatten (bzw. dem barunterhaltspflichtigen Elternteil) entsteht ein solcher Vorteil daher nur, soweit seine Zins- und Tilgungszahlungen ebenfalls angerechnet werden.

Für den unterhaltsberechtigten Ehegatten und das unterhaltsberechtigten Kind ist ein finanzieller Vorteil durch das mietfreie Wohnen in dem Haus nur gegeben, wenn die Schulden nicht schon auf Seiten des Unterhaltspflichtigen einkommensmindernd berücksichtigt werden.

Anzurechnen ist in diesen Fällen nicht der volle Wohnwert des nun für den Unterhaltspflichtigen oder -berechtigten zu großen Familienheims, sondern nur der für seine Verhältnisse angemessene Wert.

Lebenslauf

Ich wurde am 6.02.1954 als Sohn des Groß- und Außenhandelskaufmanns Hans-Otto Schwettge und seiner Ehefrau Elisabeth, geb. Bartels, in Bremen geboren.

Meine Schulzeit schloß ich mit dem Abitur am 9.05.1974 an dem mathematisch-naturwissenschaftlichen und neusprachlichen Gymnasium a. d. Hamburger Str. in Bremen ab.

Von 1974-1980 studierte ich an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster Betriebswirtschaftslehre und Rechtswissenschaften. Das 1. juristische Staatsexamen bestand ich am 19.04.1980 vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm. Die 2. juristische Staatsprüfung bestand ich am 20.05.1983 vor dem Prüfungsamt der Länder Freie Hansestadt Bremen, Freie und Hansestadt Hamburg und Schleswig-Holstein in Hamburg. Seitdem bin ich als freier Mitarbeiter in einem Rechtsanwaltsbüro tätig.

